

Elternrecht und Freiwillige Erziehungshilfe

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Fritz Hill

Gerichtsreferendar aus Eisenach

Marburg 1966

Elternrecht und Freiwillige Erziehungshilfe



Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Fritz Hill

Gerichtsreferendar aus Eisenach

Marburg 1966



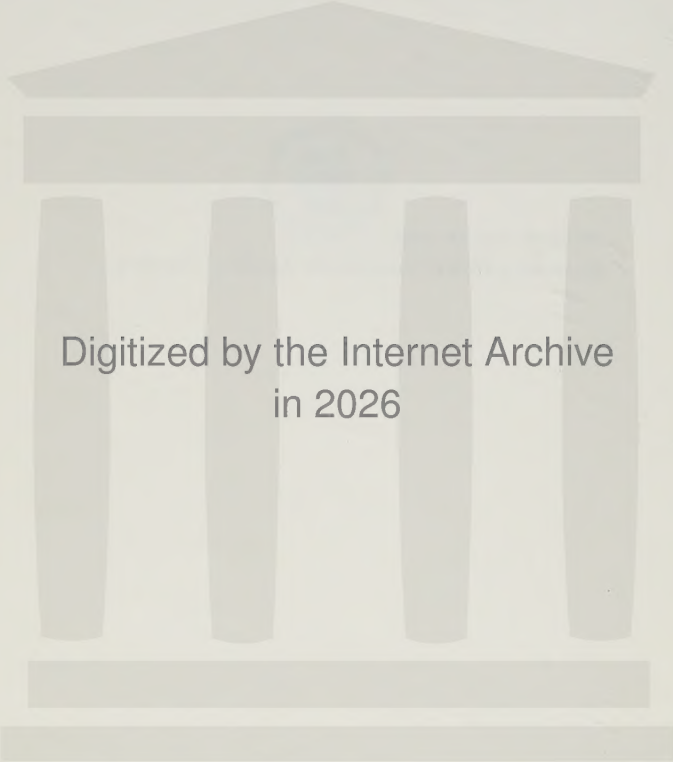
Als Dissertation von der Rechts-und Staatswissenschaftlichen Fakultät
angenommen am: 17.5.1966

Berichterstatter: Professor Dr. L ü c k e n

Mitberichterstatter: Professor Dr. G ö r g

Tag der mündlichen Prüfung: 6. Juli 1966

Meinem Vater und
meinem Lehrer Professor Dr. Dr. Lücken.



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41554417_0011

Einleitung: Gang und Methode der Untersuchungen	1
---	---

Erstes Kapitel

Überblick über die Vorarbeiten zur Kodifizierung des Instituts der "Freiwilligen Erziehungshilfe" im neuen JWG und der diesbezügliche Teil des Regierungsentwurfs.	3
--	---

I. Besondere Verdienste des AFET.	3
II. Überblick über die Auffassungen der "Arbeiterwohlfahrt", der "Gilde soziale Arbeit", der "Arbeitsgemeinschaft für Jugendpflege und Jugendfürsorge" und des "Deutschen Bundesjugendrings" zu einer Neuordnung der freiwilligen öffentlichen Erziehung.	17
III. Vorschläge von kirchlicher Seite zur Neuordnung der FEH.	23
IV. Die Stellungnahme des "Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge".	26
V. Die FEH im Regierungsentwurf.	27
Schlußbemerkung.	33

Zweites Kapitel

Die rechtliche Qualifizierung des der "Freiwilligen Erziehungshilfe" des JWG zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses.	34
--	----

Vorbemerkung.	34
---------------	----

I. Überblick über die divergierenden Auffassungen aus der Zeit vor dem Inkrafttreten des JWG vom 11. August 1961 am 1. Juli 1962.	35
II. Ist durch die gesetzliche Regelung in § 63 JWG der Meinungsstreit über die Rechtsnatur der FEH, insbesondere über die FEH einleitende Übernahme (= Gewährung) entschieden worden?	38
a) Wortinterpretation.	38
b) Systematische Interpretation.	38
c) Die geschichtliche Entwicklung der FEH als Auslegungsmittel.	39
d) Genetische und teleologische Interpretation.	39
III. Folgt aus der Anerkennung der FEH als öffentlich-rechtliches Institut und der Feststellung, daß die Übernahme in FEH durch Verwaltungsakt erfolgt, auch die Annahme eines eigenen Erziehungsrechts der Behörde?	43
Vorbemerkung.	43

1. Die FEH als eine das elterliche Erziehungsrecht "ergänzende" Maßnahme der öffentlichen Jugendhilfe i.Gs.zur FE als eine das private Erziehungsrecht der Eltern ersetzende Maßnahme.	44
2. Die FEH als "schlichte Hoheitsverwaltung" i.Gs. zur FE als obrigkeitlicher Hoheitsverwaltung.	46
3. "Gewährung" bei der FEH, "Anordnung" bei der FE. - Schlußfolgerung der Ausführungen unter III.	47
IV. Ist die Übertragung der Ausübung von Personensorge-rechten von den Eltern auf die Erziehungsbehörde auf Grund einer öffentlich-rechtlichen Erziehungsvereinbarung (öffentlich-rechtlicher Vertrag) zulässig?	48
1. Die grundsätzliche Anwendbarkeit des Rechtsinstituts des öffentlich-rechtlichen Vertrags in der Hoheitsverwaltung.	48
2. Die Frage der Zulässigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrags im Rahmen der FEH.	51
Vorbemerkung zur Begriffsabgrenzung des öffentlich-rechtlichen Vertrags und des sog. "zwei-seitigen Verwaltungsaktes".	52
a) Die Entbehrlichkeit einer speziellen Rechtsgrundlage,bzw. gesetzlichen Ermächtigung für eine Erziehungsvereinbarung bei der FEH.	52
b) Würde die Annahme eines öffentlich-rechtlichen Vertrages zur Durchführung der FEH die rechtlichen Schranken übersteigen, die sich aus Gesetzesvorschriften und Verfassungsgrund-sätzen ergeben könnten?	53
3. Die gesetzlichen Normen über die FEH als ver-tragsoffene Materie mit "vertragsforderndem" Charakter.	57
a) Die Annahme eines "mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsaktes" ist unzureichend.	57
b) Der dispositive Charakter der die FEH im JWG regelnden Gesetzesvorschriften. - Vertragsfordernder Charakter.	61
4. Abschließende Betrachtungen der Ausführungen unter IV 1-3.	64
V. Kann ein Erziehungsrecht der Behörde als Recht der "öffentlichen Anstalt" und als "Anstaltsgewalt" über den Jugendlichen das Elternrecht grundsätzlich zurückdrängen?	65
VI. Einleitung und Durchführung der FEH in zwei Stufen durch entsprechende Anwendung der "Zweistufen-Theorie".	67

	Seite
1. Vorbemerkung über die sog. "Zweistufen-Lehre".	67
2. Ausdehnende Anwendung auf den rechtsähnlichen Fall der FEH.	68
VII. Rechtstheoretische Schlußbemerkung zum zweiten Kapitel und dem hierin vorgeschlagenen Lösungsversuch.	70
1. Der Lösungsvorschlag als Fortentwicklung bisheriger Auffassungen.	70
2. Abgrenzung von äußerlich ähnlichen, aber wesensmäßig verschiedenen Rechtsinstituten (Beamtenverhältnis, Schulverhältnis).	76
Drittes Kapitel	
Die konkrete Ausgestaltung der Elternrechte bei der Einleitung und Durchführung der FEH im Einzelnen.	79
A Die Elternrechte bei der Einleitung der FEH - im Gewährungsverfahren -	79
I. Die Elternrechte bei der Antragstellung.	79
a) Das Einverständnis des gesetzlichen Vertreters	79
b) § 1666 BGB und die FEH.	81
c) Die Rechte beider Elternteile im Gewährungsverfahren der FEH bei Uneinigkeit der Eltern.	83
α) Ist bei Uneinigkeit der Eltern noch eine echte freiwillige Vereinbarung möglich?	83
β) Die Anrufung des VG bei Uneinigkeit der Eltern in seiner grundsätzlichen Bedeutung und bei der Einleitung der FEH.- Lösungsvorschlag.	84
d) Die Rechtslage bei Scheidung, Aufhebung und Nichtigkeitserklärung der Ehe der Eltern.	89
e) Die Rechtslage bei dauerndem Getrenntleben der Eltern.	89
f) Die "Gewährung" der FEH ohne Antrag der Eltern.	90
II. Der Rechtsanspruch auf Gewährung der FEH.	92
a) Die sorgeberechtigten Eltern oder der Minderjährige als Rechtsträger des Anspruchs ?	92
b) Die Rechtsbehelfe gegen die Ablehnung des Antrags.	94
III. Die Elternrechte im verwaltungsgerichtlichen Verfahren.	95
1. Vorbemerkung - Vorgehen der Eltern aus eigenen Rechten ?	95
2. Vorverfahren.	95
3. Die Rechtsbeeinträchtigung. Notwendigkeit zur Erhebung der Verpflichtungsklage (= "Weigerungsklage").	96
"Unbestimmte Rechtsbegriffe" in § 62 JWG.	
4. "Untätigkeitsklage".	99

B	Elternrecht und Art.104 GG bei der Unterbringung des Minderjährigen in FEH - Ausführungsverfahren -	99
	Vorbemerkung zur Problematik und Fragestellung.	99
1.	Kann in der Unterbringung eines Kindes zu Erziehungszwecken in einem Heim eine Freiheitsentziehung oder Freiheitsbeschränkung gesehen werden?	101
	Zweck der Unterbringung - Erziehungsrecht und Freiheitsgarantie - Art.6 GG, Art.104 GG, § 1800 Abs.2 BGB -	
2.	Bedürfen die personensorgeberechtigten Eltern oder die unverheiratete Mutter im Rahmen der FEH für die Unterbringung des Kindes in einem sog. "geschlossenen Heim" der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts?	109
	(§ 1800 Abs.2 BGB - Unterschiedliche Stellung von Vormund und Eltern - Art.2 Abs.2, 104 Abs.2 GG gilt nicht im Verhältnis der natürlichen Eltern zu ihrem Kind, "besonderes Gewaltverhältnis". - Ebenso bei der unverheirateten Mutter)	
3.	Müssen die Adoptiveltern ebenso behandelt werden wie die leiblichen Eltern und die Kindesmutter?	121
4.	Abschließende Bemerkung und Folgerungen.	123
C	Das Recht der Eltern zur Bestimmung der Grundrichtung der Erziehung i.S. des § 3 Abs.1 JWG, sowie die sonstigen Einwirkungsmöglichkeiten der Eltern nach § 3 Abs.2 und 3 JWG.	124
	I. Die Rechte der Eltern nach § 3 Abs.1 JWG.	124
	II. Die in § 3 Abs.2 JWG enthaltene Verpflichtung, den Erziehungswünschen der Eltern zu entsprechen ("Angemessenheit", "unvertretbare Mehrkosten").	129
	III. Die Zusammenarbeit mit den Personensorgeberechtigten.	135
D	Das Elternrecht und die Befugnisse zur Ausführung und Durchführung der in FEH notwendigen Maßnahmen auf personensorgerechtlichem Gebiet.	136
	I. Die allgemeinen erzieherischen Befugnisse der Erziehungsbehörde.	136
	1. Unterscheidung von Ausführung und Durchführung bei der FEH.	136
	a) § 69 Abs.1 JWG.	136
	b) Die landesgesetzgeberische Kompetenz nach § 74 Abs.1 und 2 JWG.	136
	2. Die verantwortliche Stellung des LJA (bzw. JA) bei der Ausführung im Hinblick auf Erziehungsplanung und Erziehungslenkung in der FEH.	138

II. Die einzelnen Befugnisse der Erziehungsbehörde auf dem Gebiet der tatsächlichen Personensorge.	143
1. Besteht während der Durchführung der FEH ein(körperliches) Züchtigungsrecht?	143
Die Strafe als das pädagogisch problematischste und am schwierigsten zu handhabende Erziehungsmittel.	
Kann das elterliche Züchtigungsmittel der Ausübung nach übertragen werden?	
Grenzen des Züchtigungsrechts in der FEH.	
2. Die Regelung des Urlaubs sowie des Besuchs- und Briefverkehrs mit den Eltern, sowie mit außenstehenden Dritten.	147
a) Urlaubs- und Besuchsverkehr.	147
b) Briefverkehr - Folgerungen.	152
3. Bedarf es zur Durchführung einer Operation und zu einer eventuell notwendig werdenden hypnotischen Heilbehandlung des Minderjährigen der Einwilligung der Eltern?	158
a) Sorge für die Gesundheit.	158
b) Beinhaltet die Einwilligung zur Operation am Minderjährigen eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung oder gehört sie nur in den Bereich der tatsächlichen Personensorge? - Die Entscheidung des Minderjährigen -	158
c) Die hypnotische Heilbehandlung.	165
4. Berufswahl, Berufsausbildung und diesbezüglicher Vertragsabschluß.	165
5. Die Anwendung von Zwangsmitteln in der FEH.	170
a) Keine zwangsweise Rückführung des Minderjährigen gegen den Willen der Eltern.	171
b) Das Entlaufen des Minderjährigen zu Dritten, der Aufenthalt bei diesen, sowie die Fortführung durch dieselben.	175
c) Der strafrechtliche Schutz für die FEH.	176
III. Die gesetzliche Vertretung in persönlichen Angelegenheiten.	177
1. § 69 Abs.4 JWG gilt nur für die FE.	177
2. Die Zustimmung vor Volljährigkeitserklärung und Eheschließung.	178
a) § 4 Abs.2 BGB.	178
b) § 3 Abs.2 EheG.	178
3. Das Antragsrecht auf Entmündigung.	179
4. Die Elternrechte im Hinblick auf den strafrechtlichen Schutz des Minderjährigen in FEH.	180

	Seite
a) Die Antragsdelikte.	180
b) Die Privatklagedelikte.	180
IV. Das Elternrecht und die Befugnisse der Erziehungsbehörde zur Sorge für das Vermögen des Minderjährigen.	182
1. Das Recht und die Pflicht zur Vermögenssorge wird grundsätzlich weiterhin von den Eltern ausgeübt.	182
2. Im Einzelfall kann die Sorge für das Vermögen gleichzeitig eine Erziehungsaufgabe erfüllen, § 69 Abs.4 Satz 2 JWG.	182
Viertes Kapitel	
Die Beteiligung der Eltern an der Beendigung der FEH.	184
I. Die Aufhebung der FEH durch die Ausführungsbehörde nach § 75 Abs.2 Satz 1 JWG und die Anfechtbarkeit einer solchen Maßnahme durch die Eltern.	184
II. Keine vorgängige Bestimmung der Unterbringungs- dauer. Der pädagogische Standpunkt; und angesichts des § 75 Abs.3 JWG. - Beschränkung des Widerrufsrechts. Sperrfrist	187
III. Die Verpflichtung zur Aufhebung der FEH, auch wenn nur ein Elternteil der Fortführung widerspricht und einen Aufhebungsantrag nach § 75 Abs.3 JWG stellt.	191
1. Die Weiterführung der FEH ist in das Ermessen eines Elternteils gestellt.	191
2. Ist der Widerruf des Einverständnisses auch dann beachtlich, wenn er sich als schuldhafte Vernachlässigung oder als Mißbrauch des Sorgerechts darstellt?	191
§§ 1666, 1680, 1679 BGB.	
3. Die Frage nach der Zulässigkeit einer vormundschaftsgerichtlichen Entscheidung außerhalb des § 1666 BGB (Kompetenz-Kompetenz-Entscheidung?)	192
Nur FE möglich. Ausführungsbehörde muß reibungslosen Übergang sicherstellen, möglichst keine pädagogischen Veränderungen.	194
L i t e r a t u r v e r z e i c h n i s	I - XII
A b k ü r z u n g s v e r z e i c h n i s	XIII - XV

E i n l e i t u n g

Gang und Methode der Untersuchungen.

Das gestellte Thema "Elternrecht und Freiwillige Erziehungshilfe" spricht zwei Rechtskomplexe an. Sie sind historisch gewachsen, und die Kenntnis ihrer Entwicklung trägt wesentlich zum Verständnis ihres Wesensgehaltes bei. Ein Überblick der Elternrechte aus geschichtlich-vergleichender Sicht von der "patria potestas" des römischen Rechts bis zur konsequenten Gleichberechtigung von Mann und Frau in der "elterlichen Gewalt" über ihre Kinder würde den Rahmen des gestellten Themas sprengen. Für das Verständnis der Rechte der Eltern in der Freiwilligen Erziehungshilfe müssen daher die wesentlichen Stadien der rechtsgeschichtlichen Entwicklung der Elternrechte als bekannt vorausgesetzt werden. Die Freiwillige Erziehungshilfe ihrerseits kann in ihrer bundeseinheitlichen gesetzlichen Neuregelung nicht vom Boden ihrer Entwicklung losgelöst verstanden werden. Daher muß zumindest dieser Komplex, wie er seinen Niederschlag in den Vorarbeiten zur Kodifizierung des Rechtsinstituts der Freiwilligen Erziehungshilfe im neuen Jugendwohlfahrtsgesetz gefunden hat, vorab charakterisiert werden.

Hauptgegenstand der Untersuchungen muß jedoch die Einwirkung und der Umfang der Elternrechte auf die bzw. in der Freiwilligen Erziehungshilfe sein. Hier wird sich eine weitgehende Abhängigkeit der Freiwilligen Erziehungshilfe-Maßnahme von den Rechten und der Mitwirkung der Eltern ergeben.

Von grundlegender Bedeutung ist die Hervorhebung des Entstehungsgrundes der behördlichen Erziehungsbefugnisse zur Durchführung der Freiwilligen Erziehungshilfe. Dieser läßt sich am sichersten durch Berücksichtigung der rechtsgeschichtlichen Entwicklung der Freiwilligen Erziehungshilfe und durch eine Synopse von Fürsorgeerziehung und Freiwilliger Erziehungshilfe ermitteln. Das Ergebnis einer solchen Untersuchung erscheint im Hinblick auf die gesetzliche Kodifizierung der Freiwilligen Erziehungshilfe im neuen Jugendwohlfahrtsgesetz nicht nur von rein wissenschaftlicher Bedeutung. Der hier aufzuzeigende Lösungsversuch wird in

einer Weiterentwicklung bisheriger Rechtsauffassungen über den Rechtsgrund der erziehungsbehördlichen Maßnahmen in der Freiwilligen Erziehungshilfe zu bestehen haben.

Die Rechtsstellung der Erziehungsbehörde in der Freiwilligen Erziehungshilfe und die Rechte der Eltern im Verlauf der Freiwilligen Erziehungshilfe ergeben sich im wesentlichen aus der Differenzierung von Fürsorgeerziehung und Freiwilliger Erziehungshilfe und aus der hieraus folgenden Konstruktion der Rechtsgrundlage zur Durchführung der Freiwilligen Erziehungshilfe.

Hier wird sich zeigen, daß die pädagogischen Befugnisse der Behörde, obwohl möglicherweise auf unterschiedlichem Entstehungsgrund beruhend, sowohl bei Durchführung der Fürsorgeerziehung als auch bei Durchführung der Freiwilligen Erziehungshilfe im Ergebnis weitgehend gleich sind.

Ungleich größer als in der Fürsorgeerziehung werden sich die mannigfaltigen Mitspracherechte der Eltern wegen der wesensmäßigen Verschiedenheit beider Erziehungshilfemaßnahmen darstellen.

Erstes Kapitel: Überblick über die Vorarbeiten zur Kodifizierung des Instituts der "Freiwilligen Erziehungshilfe" im neuen JWG und der diesbezügliche Teil des Regierungsentwurfs.

I. Besondere Verdienste um die Förderung der FEH hat sich der Allgemeine Fürsorgeerziehungstag (AFET) erworben.

Schon aus den Verhandlungsberichten des AFET in den Jahren 1928 und 1929 geht hervor, daß die freiwillige Erziehungshilfe als gemeinsame Aufgabe gesehen und angefaßt wurde.

Im Jahre 1928 befaßte sich Koepchen auf der Tagung des AFET vom 19.-20. Oktober in Würzburg ¹⁾ u.a. mit der Frage der freiwilligen Unterbringung von Minderjährigen in Heimen oder in fremden Familien.

1929 referierte von Schenk in den Verhandlungen des Hauptausschusses des AFET in Wiesbaden vom 17. - 18. Oktober über das Thema " Die Übernahme der Erziehung Minderjähriger durch eine Jugendwohlfahrtsbehörde oder Fürsorgeerziehungsbehörde auf Antrag der Erziehungsberechtigten". ²⁾ Schon hier zeigte von Schenk zwei Möglichkeiten der freiwilligen behördlichen Übernahme der Erziehung auf.- Einmal sollte auf privatrechtlicher Grundlage durch Erziehungsvertrag die "freiwillige Erziehungshilfe" möglich sein und zum anderen auf öffentlich-rechtlicher Grundlage die "freiwillige Fürsorgeerziehung", die sich von der gerichtlich angeordneten zu unterscheiden hätte. ³⁾ Dabei ließe sich die "freiwillige Erziehungshilfe" innerhalb des geltenden Rechts durchführen, während für die "freiwillige Fürsorgeerziehung" die Schaffung einer gesetzlichen Grundlage erforderlich sei, wobei v.Schenk an die Landesgesetzgebung dachte.- Hinsichtlich der Kosten wurde die zukunftsweisende und praktische Auffassung vertreten, daß die Kostenträgerschaft bei freiwilligen Maßnahmen und bei gerichtlich angeordneter FE gleich zu regeln sei, weil nicht einzusehen sei, daß die Frage der Kosten davon abhängig gemacht werden soll, ob die Eltern zu der Stellung des Antrags zu bewegen sind oder nicht.- Das Korreferat von Clostermann ⁴⁾ sprach sich ebenfalls für die

1) vgl. Schriftenreihe des AFET Heft 8, 1929, S.48 ff.

2) in Schriftenreihe des AFET Heft 9, 1930, S.2 ff.

3) vgl. Leitsätze des Referats von v. Schenk unter VI und VIII in Heft 9, 1930.

4) vgl. Heft 9, 1930, S. 20/21.

"freiwillige Erziehungshilfe" auf dem Wege des privatrechtlichen Erziehungsvertrages aus - "obgleich ein Vertragsteil eine Behörde ist" -, weil diese dem Interesse des Minderjährigen am meisten diene. -

In den darauffolgenden Jahren wurden die Sonderfragen der "FEH" durch den AFET im Rahmen der Reformarbeiten zum Abschnitt VI,2 RJWG und zu dem Entwurf eines Reichsjugendgesetzes behandelt¹⁾. - Die schon im Jahre 1929 bei den Verhandlungen des AFET in Wiesbaden²⁾ von Polligkeit geforderte Neugestaltung eines Gesamtsystems der "öffentlichen Erziehung" wurde aber nicht erreicht. -

Bis zum Jahre 1953, in dem der AFET in Freiburg vom 13. bis 16. April eine Tagung über das Thema "Die öffentliche Ersatz-erziehung, Erziehungsfürsorge, Fürsorgeerziehung" veranstaltete, blieben die Vorarbeiten auf derselben Stelle stehen. So konnte auch Eyfert in einem Referat auf dieser Tagung³⁾ feststellen, daß damals vieles von dem, was im Jahre 1953 noch als Aufgabe bevorstand, schon angepackt worden war. - Eyfert aaO. forderte ein engeres und vertrauterer Verhältnis der Jugendhilfe-Behörden zu den Eltern, damit Gerichtsbeschlüsse möglichst vermieden würden und an ihre Stelle die Verständigung mit den Eltern trete. - Es sollte nach den §§ 1666 BGB und 63 Abs.1 Ziff. 1 RJWG den Eltern nicht mehr der Vorwurf gemacht werden: "Du bist schuld daran, daß dies nötig geworden ist"⁴⁾; und den Minderjährigen sollte es erspart bleiben, daß jemand sagt: "Du gehörst zu einer Sonderkategorie, du wirst jetzt Fürsorgezögling".⁵⁾ - Es wurde auf die Zweigleisigkeit von FE und FEH hingewiesen, die nicht auf psychologischer oder pädagogischer Erfahrung beruhe, und damit als organisatorische Typisierung eine "Vergewaltigung der so überaus vielfältigen Wirklichkeit bedeutet".⁶⁾ - Damit wurde eine einheitliche Erziehungsform gefordert. Die bisherige Einteilung in zwei Kategorien sei nur rechtlich bedeutsam, könne aber kein pädagogisches Eigenleben schaffen. Es gelte nicht, die auf die alte FE eingerichteten Heime nun der FEH zu öffnen, sondern eine breit

1) vgl. G. Schulz, "Die FEH", Neue Schriftenr. Heft 6, 1953, S. 14 ff.

2) Heft 9, 1930, S. 43 ff.

3) abgedr. in Neue Schriftenr. des AFET Heft 7, 1953, S. 14 ff.

4) Eyfert aaO., S. 18.

5) Eyfert aaO., S. 17.

6) Eyfert aaO., S. 19.

entwickelte und in sich außerordentlich differenzierte Heim-
erziehung sei erforderlich. Das Referat von Vins auf dieser
Tagung¹⁾ zog die rechtlichen Folgerungen aus den pädagogischen
Erkenntnissen. Es wurde gefordert, daß die FEH auf die Fälle
schwerer Erziehungsnotstände beschränkt sein soll, die mit
Mitteln der örtlichen Hilfe nicht behoben werden könnten, weil
diese örtlichen Hilfen bestenfalls ergänzend zur elterlichen
Erziehung hinzutreten würden. Daher müsse auch eine zentrale
Lenkung eintreten. Die FEH könne nicht die Fälle der kriminel-
len oder psychopathischen Minderjährigen mitumfassen, ebenso-
wenig die Fälle, in denen nach aller Voraussicht unverhältnis-
mäßig langanhaltende Erziehungshilfe notwendig ist oder bei de-
nen Erziehungsstörungen durch die Eltern erwartet werden müßten.-
Schließlich forderten Vins²⁾ wie Eyfert³⁾ eine neue einheitliche
Form der Ersatzerziehung unter Wegfall einmal des Verwahrlo-
sungsbegriffes und zum anderen des Wortes "Fürsorgezögling" we-
gen des diesem terminus anhaftenden tadelnden und verachtenden
Sinns.-

Vins erkannte in dem Runderlaß des RmDI. aus dem Jahre 1943⁴⁾
die Tendenz, FE und FEH als alternative Möglichkeiten bei glei-
chen Voraussetzungen anzuerkennen. Hierin wurde der Anknüpfungs-
punkt für die Eingliederung der bisherigen FEH und der FE i.S.
des § 63 RJWG in ein neues und einheitliches System der gesam-
ten "öffentlichen Erziehung" gesehen.-

Der Überblick von G.Schulz⁵⁾ über die verschiedenen Formen,
Rechtsgrundlagen und positiven und negativen Voraussetzungen
der FEH in den einzelnen Ländern ließ bereits im Jahre 1953
auf der Tagung in Freiburg die dringende Notwendigkeit einer
Eingliederung der FEH in das System einer neuen "öffentlichen
Erziehung" erkennen. Die auf eine neue gesetzliche Grundlage
gestellte, durch Anordnung, ohne Heranziehung des Verwahrlo-
sungsbegriffs und ohne Schuldvorwurf gegen einen Elternteil
eingeleitete freiwillige Erziehungshilfe sollte neben die FE als
andere Form der öffentlichen Erziehung bei gleichen sachlichen

1) Neue Schriftenreihe des AFET Heft 7, 1953, S.22 ff.

2) aaO.

3) aaO.

4) vom 25. August 1943-VII 1173 § 43-8400 IX in Ministerialblatt
innere Verwaltung (MBIiV) 1943, S.1387

5) "Die FEH" Neue Schriftenreihe, Heft 6, 1953, S.17 ff.

Voraussetzungen gestellt werden.

Vins¹⁾ sah auch die Notwendigkeit des Vorranges der FEH vor der richterlich angeordneten Ersatzerziehung." Damit wäre der Selbstverständlichkeit Rechnung getragen, daß die Erziehung im Raum der Freiheit besser gedeiht als unter Zwang, und auch der aus der Praxis jedem geläufigen Tatsache, daß auch schuldhaftige Eltern Einsicht haben können in das eigene Unvermögen in den Erziehungsnotwendigkeiten ihrer Kinder, und daß auch ihnen gegenüber der Staat in weiser Selbstbescheidung auf Zwang verzichten sollte". - Auch wurde es als höchst unerwünscht empfunden, daß bei uneinsichtigen und mitarbeitsfeindlichen Eltern auf dem Umwege über eine Sorgerechtsentziehung nach § 1666 BGB der Erziehungsvertrag mit dem bestellten Pfleger abgeschlossen wird." Die FEH würde ihr Gesicht verlieren, wenn sie auf dem Umwege über solchen Zwang herbeigeführt würde".²⁾ - Nach diesen Vorschlägen betreffend die Einleitung des Verfahrens kam Vins zu den schwierigen Fragen des Widerrufs der Zustimmung der Erziehungsberechtigten, der Beteiligung des Vormundschaftsgerichts an der FEH und zu der Frage, ob die Erziehungsvereinbarung im Einzelfall gegen den die Freiheit der Person schützenden Art. 104 GG verstoßen kann.

Hinsichtlich der ersten Frage mußte auf die Badische Vollzugsverordnung³⁾ zu den reichs- und landesrechtlichen Bestimmungen über Jugendwohlfahrt aus dem Jahre 1934 eingegangen werden, die erst nach Ablauf von sechs Monaten die Rücknahme des Antrags durch die Eltern vorsah (§§98-103 V.V.RJWG). Dann verblieben dem Landesjugendamt noch 6 Wochen zur Entscheidung darüber, ob es die öffentliche Ersatzerziehung aufheben oder bei Gericht die FE beantragen wollte. Das Kind konnte von den Eltern erst dann herausverlangt werden, wenn das Vormundschaftsgericht die vorläufige FE abgelehnt hatte.-

Vins⁴⁾ hielt diese Praxis mit Recht für einen starken

1) aaO., Heft 7, 1953, S. 32.

2) Vins aaO., Heft 7, 1953, S. 34.

3) V.V. RJWG v. 19.X.1934, GVBl S.255, mit verschiedenen Änderungsverordnungen.

4) aaO., Heft 7, 1953, S.34.

Eingriff in das Elternrecht. Nach einer eingehenden Begründung der Ablehnung¹⁾ dieser Praxis und unter Hervorhebung der vom OLG Hamburg²⁾ und von der herrschenden Auffassung vertretenen Ansicht, daß die Erziehungsvereinbarung bei der FEH privatrechtlichen Charakter trage, kam der Referent dennoch zu dem Vorschlag, aus pädagogischen und praktischen Erwägungen nach dem Vorbild der zit. Bad. VVO den Widerruf auf die Dauer eines halben Jahres auszuschließen. Darüber hinaus sollte die Wirksamkeit des Widerrufs, damit die Erziehung nicht jäh abgebrochen werden konnte, auf einen Monat hinausgeschoben werden. - In diesem Zusammenhang wurde auf die pädagogischen Schwierigkeiten hingewiesen, die sich in der Durchführung der FEH mit der Möglichkeit eines vorzeitigen und verfrühten Widerrufs ergeben haben und sich weiter ergeben können; es wurde aber auch erwähnt, daß nach Ansicht von Fachleuten die Einschränkung des Widerrufs nicht für notwendig gehalten werde, weil nach sorgsamer Prüfung und Behandlung der Fälle ein unbegründeter Widerruf nur selten aufträte. -

Der Vorschlag von Vins aaO. unterschied sich nur unwesentlich von der badischen Regelung. Bei dieser konnte der Widerruf erst in Wirksamkeit treten, wenn er vom LJA anerkannt wurde³⁾ oder wenn das Vormundschaftsgericht die Anordnung der vorläufigen FE abgelehnt hatte. Nach Vins sollte die Wirksamkeit im voraus berechenbar sein, nämlich frühestens nach Ablauf eines Monats nach zulässigem Widerruf. Mit einer so gesetzlich festgelegten Mindestdauer der Ersatzerziehung würde das Wesen der Freiwilligkeit bei der FEH nicht in Frage gestellt. - Es muß bezweifelt werden, ob die vorgeschlagene Regelung mit dem Wesen des Elternrechts und des zugrundeliegenden Er-

1) Der Zeitpunkt der Beendigung werde zu lange hinausgeschoben und damit unter die Entscheidung nicht der Eltern, sondern des LJA und des Gerichts gestellt. - Das badische Verfahren käme damit nach dem (die "FEH") einleitenden Beschluß des LJA der FE nahe. Dem Verhältnis Eltern-Erziehungsbehörde liege nicht Antrag und Annahme zugrunde, sondern ein Beschluß, durch den das LJA in der Wirkung etwas beschließt, was zu beschließen eigentlich nur dem Richter zustehen sollte.

2) zit. bei Vins aaO., S.35.

3) Die "Anerkennung" mußte durch die Aufhebung des Beschlusses auf Zulassung der öffentlichen Erziehung erkennbar gemacht werden; vgl. § 103V.V.RJWG: "Wenn das LJA den Beschluß auf Zulassung der öffentlichen Erziehung wieder aufgehoben hat."

ziehungsvertrags vereinbar war. - Zugestimmt werden könnte der Ansicht, daß ein Erziehungsvertrag grundsätzlich nicht genehmigungspflichtig ist und daß eine Genehmigung desselben bei der FEH durch das Vormundschaftsgericht weder geboten noch wünschenswert ist. Das Vormundschaftsgericht sollte im Hinblick auf eine neue gesetzliche Regelung nur dann eingeschaltet werden, wenn die Eltern vor Ablauf der Widerrufsfrist von 6 Monaten die Durchführung der FEH abbrechen wollen. Dabei sollte sich die Kontrollfunktion des Gerichts darauf beschränken, nachzuprüfen, ob eine Verweigerung der Rückführung des Kindes in den Familienkreis für dieses schädliche Folgen hat. - Schließlich wurde im Hinblick auf eine Neuregelung noch die Frage angeschnitten, ob eine Unterbringung des Minderjährigen im Wege der FEH mit Artikel 104 GG vereinbar sei. Vins¹⁾ bejahte diese Rechtsfrage mit dem Hinweis, daß es unvorstellbar sei, daß das GG in Art.104 mit der Anerkennung der Freiheit der Person etwas nehmen wolle, "was es in Art.6 GG den Eltern gegeben hat, nämlich das natürliche Recht der Eltern auf Erziehung der Kinder, wie es im Familienrecht mit allen Einzelheiten wie Aufenthaltsbestimmung und ähnlich geregelt ist."

Abschließend soll aus der Vielzahl der von Vins aaO. erhobenen Forderungen für eine künftige Regelung der öffentlichen Erziehung noch einmal hervorgehoben werden, welchen Rechtscharakter die FEH nach den damaligen Vorstellungen haben sollte. Nicht der staatliche Hoheitsakt, der sich der Zustimmung der Erziehungsberechtigten erfreue, sollte im Vordergrund stehen, "sondern die Tatsache, daß die Eltern im Wege freier Vereinbarung ein Stück ihrer Elternrechte, die Erziehungsbefugnis nämlich, auf die Erziehungsbehörde als gleichberechtigten Vertragspartner zur Ausübung übertragen" (aaO.S.35). Bei einer solchen privatrechtlichen Abmachung sollte also künftig eine Übertragung der Ausübung eines Teils der Elternrechte auf die Erziehungsbehörde erfolgen.

Das auf derselben Tagung des AFET²⁾ von Schell gehaltene Referat über die praktische Durchführung der öffentlichen Erziehung und über die Forderungen für eine künftige Regelung³⁾ bringt im Vergleich zu dem oben erörterten Referat von Vins

1) aaO., S.38.

2) im April 1953 in Freiburg.

3) in: Neue Schriftenreihe Heft 7, 1953, S.39 ff.

keine wesentlich anderen Vorstellungen für eine künftige gesetzliche Regelung.

Der von Frau Scheuner zu diesem Thema gegebene Diskussionsbeitrag¹⁾ unterstrich noch einmal den privatrechtlichen Charakter der Erziehungsvereinbarung mit dem Landesjugendamt²⁾. Es wurde aber auch betont, daß die Erziehungsvereinbarung eine öffentlich-rechtliche Seite habe. Weil es sich bei dem LJA um eine Behörde handele, liege zwar kein obrigkeitlicher, aber ein hoheitlicher Verwaltungsakt vor und das Rechtsverhältnis sei mit dem in einer öffentlich-rechtlichen Anstalt zu vergleichen. Damit bezieht sich Scheuner ausdrücklich auf Marcus und dessen Dissertation über "Die freiwillige öffentliche Erziehung". Wie noch darzustellen sein wird, befand sich Marcus im Jahre 1957 mit seiner Rechtsauffassung über den Rechtscharakter der FEH im Gegensatz zur herrschenden Meinung. - Interessanterweise ging Scheuner im Gegensatz zu Vins davon aus, daß die FEH keine Sperrfrist verträgt und jederzeit widerruflich sein muß.

Als zusammenfassendes Ergebnis dieser Bemühungen um die Neuregelung der FEH im Jahre 1953 kann festgestellt werden (sinngemäß):

1. In Zukunft sollte unter "öffentlicher Ersatzerziehung" ein einheitliches Institut auf überörtlicher Grundlage verstanden werden. In erster Linie sollten in diese Minderjährige nach Zustimmung der Erziehungsberechtigten einbezogen werden. Nur subsidiär sollte die Aufnahme auch durch Gerichtsbeschluß bei uneinsichtigen und unzuverlässigen Erziehungsberechtigten erfolgen.
2. In pädagogischer Hinsicht sollte das Vertrauen der Eltern zu möglichst enger Zusammenarbeit gesucht werden.
3. Eine Sonderstellung der schweren Fälle der Verwahrlosung wurde nicht angestrebt.
4. Grundsätzlich sollte keine Differenzierung der Heime nach gerichtlicher Einweisung bzw. freiwilliger Aufnahme erfolgen. Das individuelle Erziehungsbedürfnis sollte fortan maßgebend sein. - Bei beiden Erziehungsformen bestehe ein Bedürfnis, die bisher im RJWG festgesetzte Altersgrenze vom 19. auf das 20. Lebensjahr zu erhöhen.

1) in: Neue Schriftenreihe Heft 7, 1953, S. 54 ff.

2) Scheuner aaO., S. 57.

5. Keine einheitliche Meinung bestand über die Rechtsform der Erziehungsvereinbarung. Lücken stellte drei Konstruktionsmöglichkeiten heraus¹⁾: "Entweder könnte das Übereinkommen als ein privatrechtlicher Vertrag zwischen Erziehungsberechtigten und Erziehungsbehörde konstruiert werden, oder aber man erblickt in der Übernahme eines Minderjährigen in die öffentliche Ersatzerziehung ebenfalls einen staatlichen Hoheitsakt, nur gebunden an die Zustimmung des Erziehungsberechtigten, oder man sieht in der Erklärung des Erziehungsberechtigten eine Ermächtigung an die Erziehungsbehörde, die Ausübung des elterlichen Erziehungsrechts auf Widerruf hoheitlich wahrzunehmen."

6. Eine Beteiligung des Vormundschaftsgerichts in der Form einer Genehmigung wurde überwiegend abgelehnt, damit der Vorteil der freiwilligen Ersatzerziehung nicht entfiele.

7. Hinsichtlich einer Sicherung gegen verfrühte Rücknahme des Minderjährigen aus der FEH fand eine bestimmte Sperrfrist von 6 bis 12 Monaten besonders wegen des Grundsatzes der Unverzichtbarkeit der elterlichen Gewalt bei den Vorarbeiten wenig Zustimmung. Dagegen wurde aus praktischen und pädagogischen Gründen die rechtliche Verwirklichung einer Kündigungsfrist von etwa 4 - 6 Wochen gewünscht.

8. Nachdem eine einheitliche und überörtliche Kostenträgerschaft für notwendig gehalten wurde, sprachen sich die Sachverständigen für eine bundesrechtliche Rahmengesetzgebung der FEH aus.

Daraufhin formulierte die Fachkommission des AFET zur Reform des Abschnittes VI RJWG unter der Leitung von Sieverts aus Hamburg im September 1953 einen vorläufigen Entwurf für die gesetzliche Formulierung der FEH²⁾.

In diesem Entwurf, auf den im übrigen wegen der noch folgenden Entwürfe verwiesen werden muß, wurde in § 1 das LJA mit der Durchführung der FEH beauftragt. Über den Rechtscharakter der FEH wurde insoweit etwas ausgeführt, als von einer "Erziehungsvereinbarung" in § 5 Abs.3 des Entwurfs gesprochen wurde³⁾.

1) zitiert aus der Zusammenfassung der Arbeitsergebnisse der AFET-Tagung 1953, Heft 7, 1953, S.64.

2) abgedr. in Heft 9/1954, S.25 der Schriftenreihe des AFET; vgl. auch den Vorl. Entw. einer gesetzl. Formulierung der FEH in: Mitgl. Rdbr. 1953/54, Nr.6, S.1 (AFET-Fachausschuß zur Reform d. Abschn. VI JWG).

3) aaO., Heft 9, S.25.

Eine Kündigungsfrist wurde nicht festgelegt, jedoch eine Sperrfrist von sechs Wochen für zulässig erachtet (§ 5 Abs.5 des Entwurfs).

Auf der Fachtagung des AFET im Oktober 1954 in Bielefeld¹⁾ brachte das Referat von Briegleb über die Aufgabe des Richters noch einmal wichtige Gesichtspunkte in den Vorarbeiten für eine gesetzliche Neuregelung. -

Begrüßt wurde der BGH-Beschluß v. 27. Nov. 1952²⁾, wonach die FE nur als letztes Mittel und ohne Rücksicht auf die Kosten nur subsidiär herangezogen werden durfte. - Damit wurde der in Freiburg im Vorjahre aufgestellte Grundsatz, möglichst zur Freiwilligkeit der "FEH" zu gelangen, als den Zwang der FE anzuwenden, bekräftigt.

Anhand von Entscheidungen oberer Gerichte³⁾ wurde noch einmal und jetzt ausführlicher zu der Problematik um Art. 104 GG, aber auch allgemein zur Frage der richterlichen Beteiligung an der FEH Stellung genommen. Darauf kann hier nicht näher eingegangen werden. Im Ergebnis wurde wie 1953 in Freiburg wieder festgestellt, daß der FEH keine Gefahr von Art. 104 GG drohe, jedenfalls nicht bei der Unterbringung in offenen Heimen. Aus der wiederholten Diskussion über diese Frage geht hervor, für wie wichtig das Prinzip weitestgehender Freiwilligkeit erachtet wurde und wie sehr es vermieden werden sollte, eine richterliche Entscheidung bei der FEH herbeizuführen. - Wie ein roter Faden ging die Frage nach der Bedeutung des Art. 104 GG für die freiwillige Erziehungshilfe durch die Vorarbeiten des AFET, bis schließlich viele Jahre später im Mai 1961 ein vom AFET eingeholtes Gutachten von Sieverts⁴⁾ über diese Frage einen vorläufigen Abschluß brachte. - 1954 in Bielefeld äußerte Briegleb⁵⁾, daß nicht Art. 104 GG, auch nicht die Kostenfrage, sondern die Freiwilligkeit für die FEH der "neuralgische Punkt" sei und folgerte noch einmal, daß

1) unter dem Thema: "Wie läßt sich praktisch das Zusammenwirken von Familie und Staat in der Erziehungshilfe durchführen?" - Bericht dieser Tagung in Heft 10/1954 der Neuen Schriftenreihe, Seite 39 ff.

2) in NJW 1953, 1300 ff = BGHZ 8, 134.

3) vgl. Heft 10, 1954, S. 42.

4) Sonderdruck zum Mitgliederrundbrief des AFET, Mai 1961.

5) Neue Schriftenreihe Heft 10, 1954, S. 44.

die FEH nicht mit Drohungen eingeführt werden dürfe, also nicht durch die Drohung mit FE oder den Sorgerechtsentzug nach § 1666 BGB und der damit verbundenen verkappten FE oder mit Kostenrückerstattung bei vorzeitigem Widerruf.

Nach Vins¹⁾ lag eine begrifflich unmögliche Abtretung des Elternrechts nicht schon dann vor, wenn sich die Eltern mit einem Ausschuß des Widerrufs in einer gewissen Zeitspanne einverstanden erklären. Eine solche Vereinbarung sollte nach der Schaffung einer diesbezüglichen gesetzlichen Bestimmung im Rahmen der FEH rechtswirksam sein können.

Wie wenig sich diese Ansicht durchgesetzt hat, wird sich bei der Erörterung der gesetzlichen Neuregelung erweisen.

Zweifel bestanden nach wie vor in Bielefeld wie auch schon in Freiburg, ob die FEH einen privatrechtlich-vertragsmäßigen oder öffentlich-rechtlichen Charakter bei der gesetzlichen Neuregelung haben würde.²⁾ Dabei trat der Wunsch nach einer baldigen gesetzlichen Regelung der FEH erneut hervor, "damit sie öffentlich-rechtlichen Charakter erhält."³⁾

Zur Vorbereitung der gesetzgeberischen Arbeit betraute der Vorstand des AFET im Jahre 1954 eine Fachkommission mit der Aufgabe, einen Entwurf zur Neufassung von Abschnitt VI des RJWG zu erarbeiten. Den Vorsitz dieser Kommission führte wieder Prof. Sieverts aus Hamburg. - Im Januar 1958 brachte die Kommission ihre Arbeit an dem Entwurf zum Abschluß und veröffentlichte ihn im Februar 1958⁴⁾. - Zur Vorgeschichte dieses Entwurfs muß noch auf die Tagung des AFET in Regensburg 1956 (zum 50jährigen Jubiläum) verwiesen werden, auf der die Entwicklung der öffentlichen Erziehung, ihre geistigen Kräfte und pädagogischen Methoden eingehend geschildert werden.⁵⁾ - Im "(X.) Abschnitt - Öffentliche Erziehungshilfe" wurden drei verschiedene Erziehungsmaßnahmen zusammengefaßt, nämlich erzieherische Beratung, Bestellung eines Erziehungsbeistandes und öffentliche Erziehung. - Der diskreditierende Begriff der

1) Neue Schriftenreihe Heft 10, 1954, S.68.

2) vgl. Neue Schriftenreihe Heft 10/1954, S.69.

3) " " " " 10/1954, S.73.

4) in Mitgliederrundbrief Nr.6, Feb.1958, Jg.1957/58.

5) vgl. den Regensburger Tagungsbericht S.10-44 in Heft 11/1956 der Neuen Schriftenreihe.

"Verwahrlosung" wurde in konsequenter Verfolgung der bisherigen Vorarbeiten durch den des "Erziehungsnotstandes" ersetzt (§ d I des Entwurfs).

Im 3. Teil des (X.) Abschnitts - Öffentliche Erziehungshilfe - wurden nun folgerichtig unter der Überschrift "öffentliche Erziehung" die FEH und die FE zu dem einheitlichen Institut der "öffentlichen Erziehung" zusammengefaßt. In der Vorbemerkung hierzu wurde ausgeführt:

"Die Kommission ist der Auffassung, daß auch bei der im Einvernehmen mit den Personensorgeberechtigten angeordneten öffentlichen Erziehung die Erziehungsbehörde nicht vertraglich übertragene elterliche Erziehungsrechte ausübt, sondern daß sie auch hier kraft ihrer Verpflichtung tätig wird, über die Verwirklichung des Erziehungsanspruchs des Kindes zu wachen. Auch in der freivereinbarten öffentlichen Erziehung erfüllt die Erziehungsbehörde eine öffentliche Aufgabe. Freiwillige und gerichtlich angeordnete öffentliche Erziehung sind also wesensgleich; sie unterscheiden sich nur durch die Art ihrer Anordnung." - Damit waren die Meinungsverschiedenheiten auf den oben erwähnten Fachtagungen des AFET über den Rechtscharakter der FEH nunmehr durch die Kommission zugunsten einer öffentlich-rechtlichen Auffassung über die FEH beseitigt. - Dementsprechend wurden die Pflichten und Rechte der Erziehungsbehörde im § d IV des Entwurfs so konkretisiert, daß die Erziehungsbehörde die Pflicht und das Recht hat, "für die Person des Minderjährigen zu sorgen, soweit es seine Erziehung erfordert." Die gesetzliche Vertretung des Minderjährigen war nur in Ausnahmefällen vorgesehen¹⁾. Soweit die Rechte und Pflichten der Erziehungsbehörde reichten, sollte "die Ausübung des Rechts der Personensorgeberechtigten insoweit eingeschränkt" werden.

Durch diese Bestimmung wurde nach langen Meinungsunterschieden für den Entwurf des AFET klargestellt, daß die Pflichten und Rechte der Erziehungsbehörde zur Erziehung des jungen Menschen in der freiwilligen öffentlichen Erziehung aus dem öffentlichen Erziehungsauftrag abgeleitet wurden, also

1) Das Recht zur gesetzlichen Vertretung des Minderjährigen war nur für die gerichtlich angeordnete öffentliche Erziehung vorgesehen, wie das schon nach § 70 Abs.3 und Abs.4 des damals noch geltenden RJWG für die FE galt.

eigene, originäre Rechte und Pflichten darstellen sollten. - In der Begründung des § d IV, Ziff. 1 wurde ausdrücklich abgelehnt, daß es sich bei den Rechten der Erziehungsbehörde um von dem Erziehungsrecht der Personensorgeberechtigten abgeleitete Privatrechte handelt. In Ziff. 2 der Begründung hieß es: "Das Erziehungsrecht der Personensorgeberechtigten wird durch die Anordnung der öffentlichen Erziehung in seiner Substanz nicht angetastet; seine Ausübung wird lediglich soweit eingeschränkt, wie die Erziehungsaufgabe der Erziehungsbehörde es erfordert."

Diese Rechtsauffassung von eigenen, nicht abgeleiteten, also originären Rechten der Erziehungsbehörde und von einem hoheitlichen Rechtsverhältnis bei dem neuen Institut der "öffentlichen Erziehung" ließ sich verhältnismäßig leicht begründen, da hinsichtlich der bisherigen Fürsorgeerziehung unbestritten von einem hoheitlichen, d.h. öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnis ausgegangen worden war. Wenn nun freiwillige (FEH) und gerichtlich angeordnete (FE) öffentliche Erziehung als gleiche Erziehungsmaßnahmen in einem einzigen Rechtsinstitut zusammengefaßt wurden, dann war eine Differenzierung in verschiedenartige zugrundeliegende Rechtsverhältnisse kaum möglich. Unter der Prämisse der Einbeziehung beider bisheriger Erziehungshilfemaßnahmen in das neue einheitliche Rechtsinstitut der "öffentlichen Erziehung" erschien die Rechtsauffassung des AFET durchaus vertretbar.

In § e I Abs. 1 des Entwurfs wurde für die freiwillig angeordnete öffentliche Erziehung über das bloße Einverständnis der Sorgeberechtigten hinaus deren Förderungsbereitschaft postuliert. -

Schließlich muß noch auf eine wichtige Bestimmung des Entwurfs hinsichtlich der Unterbringung im Rahmen der öffentlichen Erziehung hingewiesen werden, nach der tunlichst ärztliche und psychologische Fachkräfte mitwirken sollten¹⁾, § d V Abs.1 S.3

1) Fünf Jahre später, im Jahre 1963, brachte die Deutsche Vereinigung für Jugendpsychiatrie und die Deutsche Vereinigung für Jugendgerichte und Jugendgerichtshilfen zu dem neuen JWG vom 11.VIII.1961 unter anderem, auf den Erkenntnissen des Entwurfs aus dem Jahre 1958 fußend, eine Empfehlung über die Aufgaben des ärztlich-psychologischen Sachverständigen nach dem JWG, insbesondere auch hinsichtlich Abschnitt VI des neuen JWG. Auf diese Empfehlung (abgedr. in Mitgl.Rdbr. des AFET Nr.5, August 1963, S.40 ff) wird noch eingegangen.

des Entwurfs aus dem Jahre 1958.

Im übrigen sollte die Ausübung der öffentlichen Erziehung der Regelung durch die Landesgesetzgebung überlassen werden.

Die aufgezeigten Vorarbeiten des AFET und der Entwurf zur Neufassung des VI. Abschnitts aus dem Jahre 1958 (1.Fassung) haben zu weiteren grundlegenden Vorschlägen zur Reform und zur Novelle des Jahres 1961 geführt.

Am 23. und 24. Feb. 1958 ist die AFET-Kommission zu einer 2. Lesung des oben skizzierten Entwurfs zusammengetreten. - Das Ergebnis dieser Beratungen war die 2.Fassung eines Entwurfs des VI. Abschnitts des RJWG¹⁾. -

In der 2.Lesung wurde der Wortlaut einiger Vorschriften des 1. Entwurfs geändert. Unverändert blieben, und das ist für die vorliegende Übersicht wichtig, die Vorschrift des § d IV: "Pflichten und Rechte der Erziehungsbehörde" und der Wortlaut der hierzu gegebenen Begründung. Damit wurde unverändert davon ausgegangen, daß die Erziehungsbehörde auch bei der im Einvernehmen mit den Personensorgeberechtigten anzuordnenden öffentlichen Erziehung (früher FEH) aus ihrem Erziehungsauftrag eigene, nicht von den Eltern abgeleitete Rechte geltend machen könne. - Auch durch die unveränderte Wiedergabe der oben zitierten Vorbemerkung zum 3.Teil: "Öffentliche Erziehung" in der 2.Entwurfsfassung wird ersichtlich, daß hier keine Änderung vorgesehen war.

Mit der neuen Begründung zu § a I: "Aufgaben und Formen der öffentlichen Erziehungshilfe" wollte die Kommission nun zum Ausdruck bringen, daß sich frei vereinbarte und gerichtlich angeordnete öffentliche Erziehung "nur durch die Art der Anordnung unterscheiden, daß es sich aber dabei um die gleiche Erziehungsmaßnahme handelt." - Durch die unveränderte Formulierung des Abs. 3 des § a I: "Die Bestellung eines Erziehungsbeistandes und die öffentliche Erziehung werden mit den Personensorgeberechtigten schriftlich vereinbart oder vom Vormundschaftsgericht angeordnet", hat die Kommission zum Ausdruck gebracht, daß Maßnahmen, die im Einvernehmen mit den Personensorgeberechtigten durchgeführt werden - sie werden in der Vorschrift an erster Stelle genannt - den Vorrang vor

1) veröffentlicht in Mitgl.Rdbr. des AFET Heft Nr.1/2,
Mai 1959, S. 1 ff.

gerichtlich angeordneten haben sollen. Damit wurde der bislang bestehende Grundsatz der Subsidiarität der FE nun zum Grundsatz der Subsidiarität aller gerichtlich angeordneten Erziehungsmaßnahmen erweitert.

Zusammenfassend kann festgestellt werden, daß wieder von der grundsätzlichen Einsicht ausgegangen wurde, nach der die bisherige FE und die uneinheitlich gehandhabte freiwillige öffentliche Erziehungshilfe unter einem gemeinsamen Oberbegriff der "öffentlichen Erziehung" zusammengefaßt werden sollten. - Unterschieden werden sollte lediglich zwischen der vereinbarten und der subsidiären gerichtlich angeordneten "Öffentlichen Erziehung". - Für beide Institutionen sollten auch die gleichen pädagogischen Voraussetzungen gelten, weil die Erziehungsaufgabe nicht als verschieden betrachtet wurde. Daher wurden auch die Voraussetzungen für beide Erziehungsformen gemeinsam formuliert, die hier im Hinblick auf die spätere und ganz anders gestaltete Fassung der gesetzlichen Neuregelung aufgeführt werden sollen. § d I (Voraussetzungen der öffentlichen Erziehung) lautete:

"Ein Minderjähriger, der das 20. Lebensjahr noch nicht vollendet hat, wird in öffentliche Erziehung genommen, wenn dies erforderlich ist, um einen Erziehungsnotstand zu verhüten, der die geistige, sittliche oder körperliche Entwicklung des Minderjährigen bedroht".¹⁾

Mit der Abstellung auf einen Erziehungsnotstand wurde der Verwahrlosungsbegriff als Anordnungsvoraussetzung erneut abgelehnt. Dieser Wechsel bedeutete mehr als nur einen Wechsel im Sprachstil und bedurfte daher, obwohl er mit guten Gründen schon seit langer Zeit gefordert worden war, einer ausführlichen Begründung durch die AFET-Kommission²⁾, auf die hier verwiesen werden muß.

Der Einzelfall, d.h. die Förderungsbereitschaft der Personensorgeberechtigten hinsichtlich der Ausführung der öffentlichen Erziehung, sollte darüber entscheiden, ob die Gewähr auf Grund einer Vereinbarung mit den Sorgeberechtigten oder auf dem Wege der vormundschaftgerichtlichen Anordnung zu

1) zitiert aus: Mitgl.Rdbr.des AFET Nr.1/2, Mai 1959, S.5.

2) abgedruckt im 2.Anhang zum Entwurf der 2.Fassung aaO., S.10.

erfolgen habe, § e I Abs.1. Daher mußte von einer Vereinbarung abgesehen werden, "wenn die Ausführung der öffentlichen Erziehung hierdurch nicht hinreichend gesichert erscheint", § e I, Abs.2, d.h. also, wenn Gründe für die Annahme der Unzuverlässigkeit der Sorgeberechtigten hinsichtlich einer kontinuierlichen Mitarbeit gegeben waren oder wenn die Eltern gleich von Anfang an einen Willen zur Mitarbeit an der Beseitigung der Störungsquelle nicht erkennen ließen. - Sowohl die erste als auch die zweite Fassung des AFET-Entwurfs sieht die Aufgabe der öffentlichen Erziehungshilfe in der Unterstützung der Personensorgeberechtigten, § a I, Abs.1. Es soll also möglichst wenig und erst zuletzt (Grundsatz der Subsidiarität) in Elternrechte eingegriffen werden; daher wird als oberstes Ziel die erzieherische Hilfe für Eltern und Kinder herausgestellt, "durch die der Erziehungsanspruch des Kindes verwirklicht werden soll", Begründung zu § a I, Abs.1.

Schlußbemerkung:

Über die AFET-Entwürfe und Vorarbeiten zur gesetzlichen Neuregelung erschienen Darstellungen und kurze Erläuterungen u.a. von Clausen "Der Entwurf des AFET zur Neufassung von Abschnitt VI des RJWG"¹⁾. Ferner verfaßten Potrykus²⁾, Carspecken³⁾ und Hasenclever⁴⁾ kritische Besprechungen insbesondere zur 1.Fassung des AFET-Entwurfs aus dem Jahre 1958. Auf diese z.T. ausführlichen Beiträge muß verwiesen werden.

II. Überblick über die Auffassungen der "Arbeiterwohlfahrt", der "Gilde Soziale Arbeit", der "Arbeitsgemeinschaft für Jugendpflege und Jugendfürsorge" und des "Deutschen Bundesjugendrings" zu einer Neuordnung der freiwilligen öffentlichen Erziehung.

1.) Die Fachkommission für Jugendwohlfahrt des Hauptausschusses der Arbeiterwohlfahrt hatte schon im Jahre 1928 dem damals in Würzburg tagenden AFET⁵⁾ eine Entschließung über besondere

1) in Zbl. 1958, S.129 ff.

2) "Zur Reform des VI.Abschn. des RJWG" in: UJ, 1958, S.311.

3) "Öffentliche Erziehungshilfe" (Zum Entw. des VI. Abschn. des RJWG durch den AFET) in: RdJ.1958, S.154 u. 166.

4) "Öffentliche Erziehungshilfe im Umbruch?" in: Neues Beginnen 1958, S. 113.

5) vgl. Schriftenreihe des AFET Heft 8, 1929.

1)

Fragen der Jugendhilfe unterbreitet. Diese EntschlieÙung steht nur in einem unmittelbaren Zusammenhang mit einer Neuordnung der FEH. Es wurde nämlich gefordert, daß die Fürsorgeerziehung als an bestimmte Tatbestände gebundene Sondermaßnahmen der Jugendfürsorge in Gesetzgebung und Praxis abzubauen sei zugunsten anderer Möglichkeiten der behördlichen Ersatzerziehung.

Im Jahre 1957 und 1958 erörtere der Fachausschuß Jugendwohlfahrt des Hauptausschusses der Arbeiterwohlfahrt in mehreren Sitzungen unter dem Vorsitz von Schulze Grundgedanken zu einem neuen Jugendhilfegesetz.

1957 veröffentlichte die Arbeiterwohlfahrt unter dem Titel "Reform der öffentlichen Erziehungshilfe"⁴⁾ das Ergebnis der Arbeiten zu einer Reform. Schon nach dem Kriege hatte ein Studienkreis auf den Erkenntnissen der Vergangenheit fußend und durch die Einbeziehung der freiwilligen öffentlichen Erziehung Vorarbeiten geleistet, die nun im Rahmen einer Gesamtreform der öffentlichen Jugendhilfe von Hasenclever bearbeitet wurden und zu Vorschlägen und Forderungen der Arbeiterwohlfahrt führten.- In der genannten Schrift von Hasenclever ("Reform der öffentlichen Erziehungshilfe") hat die Arbeiterwohlfahrt zu den bei einer Reform auftretenden Grundproblemen Stellung genommen und dabei nur ausnahmsweise Vorschläge für die Neufassung gesetzlicher Vorschriften gemacht, so unter anderem für die Voraussetzungen über die Anordnung der öffentlichen Erziehung und für die Neufassung des § 1666 BGB. Zur Voraussetzung der "besonderen Erziehungshilfe in Einzelfällen" wurde ausgeführt⁵⁾, daß die Hilfe "nicht von einem Antrag oder vom Vorliegen gesetzlich fixierter Bedingungen" abhängig gemacht werden dürfe. Die Erziehungshilfe müsse "so weitgehend

1) siehe Schriftenreihe des AFET Heft 8, 1929, S.77 ff.

2) vgl. hierzu und die weiteren Richtlinien für die Umgestaltung der FE aus dem Jahre 1929 bei Falkenberg in: Schriften der Arbeiterwohlfahrt Heft 8/1955, S.30; hier auch über die Durchführung einer einheitlichen öffentlichen Erziehung.

3) vgl. "Überlegungen zu einem neuen Jugendhilfegesetz", in Neues Beginnen, Heft 11, 1958.

4) Vorschläge und Forderungen der Arbeiterwohlfahrt, bearbeitet von Christa Hasenclever, Bonn 1957, Schriften d. Arbeiterwohlfahrt, Heft 9, 1957.

5) siehe Jahrbuch der AW 1958, S.53.

wie möglich in Übereinstimmung mit den Eltern und ihrer Mitwirkung gegeben werden". - Jedoch sollten die Voraussetzungen für die "vormundschaftsgerichtlich angeordnete Erziehungshilfe"¹⁾ in einem Abschnitt des künftigen Gesetzes folgendermaßen formuliert werden²⁾:

"Ist das Einverständnis der Eltern zu Maßnahmen, die der Verhütung oder Beseitigung eines nicht anders zu behebenden Erziehungsnotstandes dienen, trotz ernstestem Bemühen nicht zu erreichen, so hat das Jugendamt bei dem zuständigen Vormundschaftsgericht auf Grund von § 1666 (künftiger neuer Fassung) die erforderlichen Maßnahmen mit ausführlicher Begründung zu beantragen ..." - Damit war, ähnlich den Reformvorschlägen des AFET, das vielfach als diskriminierend gewertete Wort Fürsorgeerziehung durch den modernen Begriff der Erziehungshilfe ersetzt, ebenso wie der Verwahrlosungsbegriff durch den Terminus "Erziehungsnotstand".

Als Grundproblem sah die Arbeiterwohlfahrt die Notwendigkeit, die Sonderformen der öffentlichen Erziehung - die bisherige FE und FEH - als Sondermaßnahmen aufzuheben und in das Gesamtsystem der öffentlichen Jugendwohlfahrt einzugliedern. Dabei dürfe eine Zwangsunterbringung des Kindes unter den oben zitierten Voraussetzungen nicht mehr wie bisher auf ein Verschulden der Eltern und die Verwahrlosung des Kindes gegründet werden, "sondern vom Erziehungsnotstand des Kindes und vom 'Versagen der Eltern' (Art.6 GG)"³⁾ müsse ausgegangen werden. - Damit entfielen die bisherige FE und FEH. - In wesentlichen Punkten deckten sich somit die Reformvorstellungen der Arbeiterwohlfahrt mit den geschilderten Reformbestrebungen des AFET. Dies zeigte sich auch bei den Vorschlägen der Arbeiterwohlfahrt zur Neufassung von § 1666 BGB. Der Verschuldensbegriff und die mit ihm verbundene Diffamierung sei auszuschalten. Ausgangspunkt für eine Zwangsmaßnahme (gegen den Willen der Eltern) dürfe nur das Wohl des Kindes und ein "derartige Maßnahmen zwingend erfordernder Erziehungsnotstand sein".⁴⁾

1) siehe Jahrbuch der AW 1958, S.55.

2) siehe "Reform der öfftl. Erzhilfe" in Schriften der AW, Heft 9/1957, S.30 und Jahrbuch der AW 1958/ S.55.

3) zit. aus den Leitsätzen zur Reform der öfftl. Erz. in: "Die Arbeiterwohlfahrt", Jahrbuch 1957, S.49, 50.

4) zit. aus dem Jahrb. der AW 1957, S.54 ("Vorschläge zur Neufass. von § 1666 BGB").

Schließlich wurde die Anpassung des BGB an die Fortentwicklung der letzten 50 Jahre besonders hinsichtlich des Verhältnisses von Elternrecht und Erziehungsanspruch des Kindes gefordert.¹⁾

Das Recht des jungen Menschen auf Erziehung stellte der Ausschuß der Arbeiterwohlfahrt in engen Zusammenhang mit den "besonderen Erziehungshilfen im Einzelfall". Es sollte im künftigen Jugendhilfegesetz so ausgedrückt werden, daß der bisher mehr programmatisch gestaltete Anspruch auf Erziehung "bis an die äußerste Grenze des Möglichen zu durchsetzbarem Recht ausgeformt werden kann"²⁾. - Darüber wird aber allgemein im Zusammenhang mit dem Erziehungsanspruch des Minderjährigen noch Näheres zu sagen sein.

Zu der oben zitierten Schrift "Reform der öffentlichen Erziehungshilfe" haben Bamberger³⁾, v.Mann⁴⁾, beide von der AGJJ⁵⁾ und Jansen⁶⁾ kritisch Stellung genommen, worauf verwiesen werden muß.

2.) Mit den Vorarbeiten für eine Reform des RJWG hatte sich auch die Arbeitsgemeinschaft für Jugendpflege und Jugendfürsorge⁷⁾ seit langem beschäftigt.

1956 und 1957 befaßten sich besonders Bamberger und v.Mann im Auftrag des Vorstandes der AGJJ mit der Erarbeitung eines Entwurfs für ein neues RJWG. - Im Jahre 1958 wurde ein zum Teil unvollständiger Entwurf (Entwurf Bamberger/v.Mann) in den Mitteilungen der AGJJ⁸⁾ abgedruckt⁹⁾.

1) Im Rahmen der Vorschläge zur Neufassung des § 1666 BGB, Jahrb.d.AW 1957, S.54; über die Grundforderungen der AW vgl. auch Hasenclever "Stand der Jugendrechtsreform" in: Schriften der AW, Heft 11, 1958, S.29 ff.

2) aus "Leitsätze zur Gestaltung eines neuen JHG" in: Jahrb.d.AW 1958, S.44.

3) "Reform der öffentl. Erziehungshilfe" in: UJ 1957, S.400.

4) in Jugendwohl 1957, S.329.

5) = Arbeitsgemeinschaft für Jugendpflege und Jugendfürsorge, Näheres unten.

6) "Reform der öffentl. Erzhilfe" in: Evangelische Jugendhilfe 1957, S.138.

7) Die AGJJ ist ein Zusammenschluß aller Jugendorganisationen und Vereinigungen der freien Jugendwohlfahrtspflege, sowie der behördl. Jugendpflege und Jugendfürsorge auf Bundesebene (nach Fachwörterverz. des AFET Teil 1, 2. Aufl.).

8) Heft 24 (1958) S.2; vgl. auch Zbl. 1958, S.268.

9) besprochen wurde der Entwurf von Hasenclever "Öffentliche Erziehungshilfe im Umbruch?" in: Neues Beginnen, 1958, S.113.

Im Abschnitt III 8 D dieses Entwurfes fand die "öffentliche Erziehungshilfe" ihren Niederschlag. Hier fehlte lediglich eine durchgehende Paragraphierung. - Nach den Ziffern 1-3 (Erzieherische Beratung, freiwillige Erziehungsbeistandschaft, vormundschaftsgerichtlich angeordnete Erziehungsbeistandschaft) folgten in Ziff. 4 die "freiwillige öffentliche Erziehung" und in Ziff. 5 die "vormundschaftsgerichtlich angeordnete öffentliche Erziehung" als Mittel der "öffentlichen Erziehungshilfe", die den Erziehungsberechtigten bei einem Erziehungsnotstand unterstützen sollten.

Dabei sollte die "freiwillige öffentliche Erziehungshilfe", beruhend auf einer "Vereinbarung zwischen Jugendamt und Erziehungsberechtigten", zur Anwendung kommen, wenn "a) sie zur Verhütung oder Beseitigung eines nicht anders zu behebenden Erziehungsnotstandes notwendig und ausreichend ist und b) die Eltern oder die Sorgerechsträger die Notwendigkeit der Maßnahmen einsehen und bereit sind, bei ihrer Durchführung mitzuwirken und sie nicht vorzeitig abubrechen". - Hier wurde von den Eltern mehr gefordert als durch den Fachausschuß der Arbeiterwohlfahrt, der nur die Erreichung des Einverständnisses der Eltern zu einer solchen Maßnahme forderte. - Der AGJJ-Entwurf stellte bei der Unterbringung in öffentliche Erziehung auf den besonderen Erziehungsnotstand des Minderjährigen ab, wobei in Zweifelsfällen das Gutachten eines psychologischen Sachverständigen eingeholt oder eine Beobachtung in einer heilpädagogischen Klinik vorgenommen werden sollten.

Als besonders wichtig muß hervorgehoben werden, daß der AGJJ-Entwurf, soweit ersichtlich, als einziger Entwurf Bestimmungen über so wichtige Fragen wie die Art der zu treffenden Erziehungsmaßnahmen, die Schul- und Berufsausbildung, besondere gesundheitliche und gesundheitsfürsorgerische Maßnahmen, den Briefverkehr, die Besuchszeit, das Taschengeld und den Urlaub des jungen Menschen in der freiwillig öffentlichen Erziehung enthielt. Die Vereinbarung mit den Erziehungsberechtigten mußte nach diesem Entwurf Angaben über diese wichtigen Dinge enthalten. Auch sollten die Eltern durch die Vereinbarung verpflichtet werden, "einsichtsvoll bei der Erziehungsmaßnahme

mitzuwirken" ¹⁾). Alle mit der Durchführung der freiwilligen öffentlichen Erziehung zusammenhängenden Entscheidungen sollten nach dem AGJJ-Entwurf in enger Fühlung ^{zwischen} den beteiligten Behörden, den Erziehungsberechtigten und dem Erziehungsheim oder der Pflegefamilie getroffen werden. Damit waren die Rechte und Pflichten der Eltern einerseits und die der beteiligten Behörde andererseits zumindest angesprochen worden. Die verschiedensten Probleme bei der Durchführung der freiwillig öffentlichen Erziehungshilfe konnten damit für den Einzelfall zwar nicht gelöst werden, aber es wurden doch Lösungsmöglichkeiten aufgezeigt.

Die oben genannten Vorschläge des AGJJ-Entwurfs, daß mit dem Erziehungsberechtigten Vereinbarungen über wichtige Einzelfragen der Durchführung getroffen werden sollen, wurden in der endgültigen Neuregelung durch den Gesetzgeber trotz ihrer großen Wichtigkeit jedenfalls bundesrechtlich nicht verwirklicht.

Abschließend soll noch auf die grundsätzlichen, aber nicht in einem unmittelbaren Zusammenhang mit der freiwillig öffentlichen Erziehung stehenden Empfehlungen der Hauptversammlung der AGJJ zur Neuordnung des Jugendwohlfahrtsrechts vom September 1958 verwiesen werden. ²⁾ -

3.) Die "Gilde Soziale Arbeit" ³⁾ erarbeitete auf ihrer Dasseler Jahrestagung im Jahre 1958 fünf "Empfehlungen" zu einem neuen Bundesgesetz für Jugendhilfe, die neben grundsätzlichen Erörterungen über ein neues Gesetz die individuelle Erziehungshilfe als die der Familie bei Erziehungsnotständen adäquat helfende Maßnahme hervorheben. ⁴⁾

Auf diese Diskussionsbeiträge, die zu bestimmten Grundfragen der zukünftigen Gesetzgebung Stellung nehmen und die für das Thema der Arbeit nur von mittelbarer Bedeutung sind, muß

-
- 1) wegen der fehlenden Paragraphierung im Abschnitt III D des Entwurfes ist eine genaue Zitierung nicht möglich, es handelt sich um den 4. § zu Ziff. 4 unter III; D.
 - 2) abgedr. in "Sozialreform und Jugend" (von Dr. W. Becker und Dr. H. Claussen) 1959, S. 156.
 - 3) sie ist seit 1925 ein freier, politisch und konfessionell nicht gebundener Zusammenschluß von Sozialarbeitern und Erziehern (nach Fachwörterverz. des AFET Teil 1, 2. Aufl.)
 - 4) siehe Zbl. 1958 S. 353 und Heft 4/1958 der Schriftenreihe der "Gilde sozialer Arbeit" sowie den Abdruck der Empfehlungen in: Deutsche Jugend, Juni 1958, S. 278.

verwiesen werden.¹⁾

4.) Der "Deutsche Bundesjugendring"²⁾ hatte eine Kommission gebildet, die sich mit den Fragen um das geplante neue Jugendhilfegesetz befaßte. Diese Kommission ging von den Anregungen des Münchner Arbeitskreises aus³⁾, der Grundsätzliches, z.B. zum Recht des Jugendlichen auf Erziehung und zur entsprechenden Pflicht der Gesellschaft zur Erfüllung dieses Anspruches, erarbeitete. - Aber auch die Kommission beschäftigte sich nur mit allgemeinen Fragen, ohne näher auf die FEH einzugehen.⁴⁾

III. Vorschläge von kirchlicher Seite zur Neuordnung der FEH.

Caritasdirektor v.Mann formulierte im Jahre 1953 Vorschläge "zu einer gesetzlichen Formulierung der Freiwilligen Erziehungshilfe"⁵⁾ - Hiernach sollte die FEH unter den Oberbegriff "öffentliche Erziehungshilfe" (ÖEH) fallen, wozu alle überörtlichen Erziehungsmaßnahmen zu rechnen seien. Die FEH, sie müsse genauer ausgedrückt "öffentliche Erziehungshilfe mit Zustimmung der Erziehungsberechtigten" heißen, solle nicht FE in einer minderen Form sein, auch nicht die Vorstufe zur FE, sondern eine privatrechtliche Vereinbarung mit Einschaltung der elterlichen Erziehungsverantwortung durch gegenseitiges Übereinkommen. Der Erziehungsvertrag der FEH müsse auf gegenseitiger Vereinbarung ohne Minderung der Grundrechte beruhen, wodurch sich die beiden Rechtsinstitute in ihrem Wesen als grundverschieden erwiesen. - Wie die anderen oben geschilderten Neuordnungsbestrebungen forderte v.Mann für die FEH das ernstliche Bemühen der Erziehungsbehörden um das Verständnis und Einverständnis der Erziehungsberechtigten für bzw. in die notwendigen Maßnahmen, da der Erfolg der Erziehungsmaßnahmen von einer verständnisvollen Mitwirkung der Eltern abhängt.

1) vgl. Deutsche Jugend, Juni 1958, S.278.

2) ist ein Zusammenschluß von Jugendorganisationen aller Art zu einer Arbeitsgemeinschaft auf Bundesebene, vgl. auch Fachwörterverz. des AFET, Teil 1, 2.Aufl., S.55.

3) vgl. hierzu: Deutsche Jugend, 1958, 277.

4) siehe "Vorschläge des Bundesjugendringes für das neue Jugendhilfegesetz" in: Deutsche Jugend 1958, S.393.

5) in: Unsere Jugend, Heft 12/1953, S.537 ff.

v. Mann formulierte die Voraussetzungen für die FEH folgendermaßen:¹⁾ "wenn öffentliche Erziehungshilfe zur Verhütung oder Beseitigung eines anders nicht zu behebenden ernsten Erziehungsnotstandes notwendig und ausreichend ist und der Erziehungsberechtigte sich mit dieser Maßnahme einverstanden erklärt. Wenn die Einwilligung der Eltern und deren Mitwirkung bei der gemeinsamen Erziehungsaufgabe gesichert ist, dann können auch Jugendliche mit erheblichen Verwahrlosungserscheinungen durch die FEH gefördert werden."

Ein privatrechtlicher Vertrag zwischen den Erziehungsberechtigten und der Erziehungsbehörde erscheint v. Mann aaO. in einer gesetzlichen Neuordnung als günstigste Lösung. Damit war eine wichtige Frage angeschnitten worden, die auch in der Folgezeit nicht einhellig geklärt werden konnte. - Interessanterweise setzte sich v. Mann für eine Kündigungsfrist von sechs Wochen zum Monatsersten ein. Aus verschiedenen Gründen, u.a. aus pädagogischen Gesichtspunkten heraus, hielt er die Einhaltung einer solchen Kündigungsfrist für notwendig. Über die Frage der rechtlichen Zulässigkeit einer solchen Klausel wurden allerdings keine Ausführungen gemacht.

In welchem geringem Umfang die Anregungen und Vorschläge v. Manns die in den folgenden Jahren durch weitere Beiträge, u.a. zur Heimerziehung und zur FEH, noch erweitert wurden²⁾, vom Gesetzgeber berücksichtigt werden, zeigt die endgültige gesetzliche Regelung im VI. Abschnitt des JWG.

In der periodischen Zeitschrift des Deutschen Caritasverbandes "Jugendwohl" ist schon im Jahre 1953 eine Reihe von Aufsätzen über die FEH erschienen, auf die verwiesen werden muß.³⁾ Neben Caritasdirektor v. Mann trat besonders Ministerialrat Dr.

1) zit. aus dem oben gen. Beitrag in: Unsere Jugend, Heft 12/1953, S. 538.

2) vgl. v. Mann: "Was ist aus der FE geworden?" in Neue Schriftenr. des AFET, Heft 11/1956, S. 10 ff.; "Reform der öfftl. Erziehungshilfe" in Jugendwohl, 1957, S. 329; "Die Beteiligung der Familie an der Heimerziehung" (Die FEH soll der Weg zu einer gründlichen Neuorientierung unserer Heimerziehung sein ...) in Jugendwohl 1957, S. 254.

3) in Jugendwohl 1953, S. 410 "Richtsätze für eine gesetzliche Fassung der FEH" (Begriff - Wesensunterschied zwischen FE und FEH, Durchführung, Motive, Freiwilligkeit, Voraussetzungen, privatrechtlicher Vertrag u.a.); in Jugendwohl 1953, S. 153 über die FEH in Baden-Württemberg und Rheinl. Pfalz.

Rothe vom Bundesfamilienministerium in dem katholischen Publikationsorgan "Jugendwohl" hervor, u.a. als Kommentator zum ersten Referentenentwurf eines Jugendhilfegesetzes¹⁾ und zu den Fachabschnitten FEH und FE der zweiten Novelle zum RJWG²⁾; Rothe nahm auch zu den einzelnen Aufsätzen zum JWG, wie sie im "Jugendwohl" veröffentlicht wurden, Stellung³⁾ und erläuterte den von der Bundesregierung gelieferten Entwurf zur Neuregelung des RJWG sowie die endgültige Neufassung des JWG durch den Gesetzgeber.

Es kann davon ausgegangen werden, daß die differenzierten Neuordnungsvorschläge von Rothe im wesentlichen mit dem Gesetzesentwurf der Bundesregierung übereinstimmen (vgl. unten 6. Kapitel, 7e).

In den verschiedenen Anregungen und Beiträgen, die Rothe und v. Mann im Hinblick auf die Neuordnung der öffentlichen Erziehungshilfe gaben, wurde das gemeinsame Bestreben nach möglichst weitgehender Beteiligung und Mitwirkung der Familie, insbesondere der Eltern bei der Durchführung der Erziehungshilfe, ersichtlich. Die Sekundärfunktion des Staates gegenüber der Familie als dem eigentlichen Träger der Erziehung wurde von beiden Autoren besonders hervorgehoben. -

Auf der Jahresarbeitstagung des Evangelischen Reichserziehungsverbandes im April 1959 in Ulm wurde im Rahmen der "Neuordnung der Jugendhilfe"⁴⁾ zwar über die Grundlinien eines neuen Jugendhilfegesetzes⁵⁾ gesprochen, nämlich über die Subsidiarität des Staates gegenüber der Familie und den freiwilligen Verbänden der Jugendhilfe und über die Frage, ob das Verschuldensprinzip in der Ersatzerziehung abzuschaffen sei, konkrete Neuordnungsvorschläge, insbesondere zur FEH, wurden auch in dem Referat von Janssen⁶⁾ auf der genannten Tagung nicht gemacht.⁷⁾ Einige Zeit

-
- 1) "Der erste Vorentwurf eines Jugendhilfegesetzes" in Jugendwohl 1959, S. 151-157.
 - 2) "Zweite Novelle zum RJWG" in Jugendwohl, 1961, S. 106-112.
 - 3) in Jugendwohl 1961, S. 370-375.
 - 4) Bericht der Tagung von B. Kraak in: Unsere Jugend, 1959, S. 340-342
 - 5) darüber Rothe aaO. UJ 1959, S. 340 ff.
 - 6) vgl. den Tagungsbericht in UJ 7/1959, S. 340 ff.
 - 7) Auf den Aufsatz von Beuermann "Die Freiw. Erziehungshilfe" (Wesensmerkmale im Verhältnis zur FE-Praxis in NRW, rechtl. Lage) aus dem Jahre 1954 in Evangel. Jugendhilfe, 1, 1954, S. 5 ff wird verwiesen.

später brachten die Hauptgeschäftsstelle der Inneren Mission und das Hilfswerk der Evangelischen Kirche in Deutschland in Verbindung mit der Jugendkammer des EKID Beiträge zu dem bereits von der Bundesregierung beschlossenen Entwurf einer Novelle zum RJWG.¹⁾ In diesen Beiträgen schlossen sich die genannten Institutionen hinsichtlich der Bestimmungen über die Erziehungsbeistandschaft, die FEH und die FE weitgehend den Vorschlägen des AFET an. Eine qualitative Differenzierung bei der Durchführung der FE und FEH müsse ebenso vermieden werden wie der Begriff der "Verwahrlosung". Des weiteren seien die Voraussetzungen für die vereinbarte und die angeordnete Ersatzerziehung, soweit sie die pädagogische Seite beträfen, einheitlich zu formulieren. Im Einklang mit dem AFET wurde schließlich die Ersetzung der alten Begriffe "FE" und "FEH" durch eine gemeinsame Bezeichnung für beide Formen gefordert.^{2) 3)}

IV. Der Hauptausschuß des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge trat am 27. und 28. Januar 1961 in Bonn unter dem Vorsitz von Muthesius zusammen, um sich eingehend mit der Beratung des inzwischen vorliegenden Regierungsentwurfs zu einem Gesetz zur Änderung und Ergänzung des RJWG zu befassen.⁴⁾ In der Zusammenfassung der Ergebnisse⁵⁾ standen sich bei dem Thema der öffentlichen Ersatzerziehung hinsichtlich der FEH und der FE zwei Meinungen gegenüber, deren eine die vollständige Trennung dieser beiden Institute sowohl hinsichtlich der Voraussetzungen wie der Eingliederung im Gesetz als auch bei der Durchführung forderte. Hiergegen vertrat die andere Meinung den Standpunkt, daß gleiche Voraussetzungen für beide Institutionen erforderlich seien. Darüber hinaus sollte durch das Landesjugendamt, nicht durch das JA, die Durchführung beider Maßnahmen erfolgen.

- 1) in "Beiträge zur Novelle zum RJWG"- S.5 ff: "Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung und Ergänzung des RJWG" BT-Drs.2226); S.8 ff: Zu Abschnitt VI.
- 2) so aaO., S.8 ff; vgl. auch den Beitrag von G.Heun in diesem Heft S.14 ff ("Neue Grundsatzbestimmungen...") und von K.Janssen S.18 ff ("Zur Neuregelung des JW-rechts").
- 3) vgl. auch die evangel. Beiträge zum neuen JWG: "Evangelische Stimmen zum Bundessozialhilfegesetz und Jugendwohlfahrtsgesetz", herausgegeben von Georg Sieler, hier zu Abschnitt VI auf S.204 ff.
- 4) vgl. den Wortlaut der drei einleitenden Referate und die Stellungnahme des Bundesministers Wuermeling in: Nachrichtendienst 1961, S.69 ff.
- 5) in Nachrichtendienst 1961, S.91,92.

Nach dem Hauptausschuß befaßte sich der Fachausschuß für Jugendfragen des Deutschen Vereins mit der gesetzlichen Neuregelung¹⁾ und schloß sich in einer Stellungnahme zum Regierungsentwurf hinsichtlich der Neuregelung des Abschnitts VI im wesentlichen den Vorschlägen an, die die Fachkommission des AFET erarbeitet hatte.²⁾ Somit sprach sich auch der Fachausschuß des Deutschen Vereins für den Grundsatz der Einheit der öffentlichen Erziehung aus, d.h. für die Verschmelzung von FE und FEH in einheitliches Rechtsinstitut. - Für die Bestellung eines Erziehungsbeistandes, die Anordnung der FEH und die der FE seien daher dieselben Voraussetzungen festzulegen, statt der im Regierungsentwurf geplanten Abstufung, die noch im Zusammenhang mit Abschnitt VI des Regierungsentwurfs zu erörtern ist. Eine solche Abstufung führe nur zu einer lückenhaften Betreuung der Jugendlichen.

Des weiteren wurde, wie durch den AFET, die Verwendung des diskriminierenden Begriffs der "Verwahrlosung" abgelehnt, weil dadurch die auch bei der FE erforderliche Zusammenarbeit mit den Eltern erschwert werde. - Auch in diesem Punkt erwies sich wieder eine weitgehende Übereinstimmung der Auffassungen und Vorschläge des Deutschen Vereins und des AFET hinsichtlich der Neuschöpfung des Jugendhilferechts, insbesondere hinsichtlich des VI. Abschnitts des RJWG.

V. Die FEH im Regierungsentwurf.

Der von der Bundesregierung beschlossene "Entwurf eines Gesetzes zur Änderung und Ergänzung des Reichsjugendwohlfahrtsgesetzes"³⁾ vom 14. November 1960 sah nur eine weitere Novelle zum RJWG des Jahres 1922 vor und nicht eine völlige Neuordnung in einem Jugendhilfegesetz.

Jedoch wurde der gesamte Abschnitt VI des RJWG in dem von der Bundesregierung vorgelegten Entwurf durch eine neue Fassung er-

1) siehe ND 1961, S.105 ff., bes. S.115/16.

2) hierzu die obigen Ausführungen unter 7a); vgl.besonders den erwähnten AFET-Entwurf 2.Fassg. in Mitgl.Abdr.1/2 aus 1959 und die Stellungnahme des AFET zum Reg.-Entwurf in Mitgl. Rdbr. 1 aus 1961.

3) Entwurf der Bundesregierung, Drucksache 2226 in: "Verhandlungen des Deutschen Bundestages, 3.Wahlperiode", Anlagen zu den stenographischen Berichten, Band 71, Drucksachen 2201-2350; Bonn 1960; Begründung zum neuen Artikel VI Abschnitt VI auf S.25 ff.

setzt, in dem die Erziehungsbeistandschaft, die Freiwillige Erziehungshilfe und die Fürsorgeerziehung auf unterschiedlichen Rechtsgrundlagen und teilweise auf unterschiedlichen Voraussetzungen beruhen sollten. -

Dieses Prinzip und die in § 62 des Entwurfs geregelten Voraussetzungen für die Gewährung der FEH wurden u.a. unverändert in das neue JWG übernommen.

Die Kriterien "drohende oder bereits eingetretene Verwahrlosung" sollten nach der amtlichen Begründung des Regierungsentwurfs¹⁾ nicht als zwingende Voraussetzung für die FEH übernommen werden. Die FEH sollte vielmehr nach dem Regierungsentwurf schon bei einer Bedrohung oder Schädigung der normalen Entwicklung des Minderjährigen gewährt werden, ohne daß die Verwahrlosungssymptome vorzuliegen brauchten. -

Damit war incidenter zum Ausdruck gebracht, daß die FEH auch bei Vorliegen der Merkmale der Verwahrlosung gewährt werden konnte. - Zum anderen wurde eine gewisse Staffelung bzw. Abstufung im Verhältnis der Voraussetzungen zur FEH und denen zur FE dadurch hervorgehoben, daß die Bedrohung oder Schädigung der Kindesentwicklung in der Reihenfolge bewußt vor die Verwahrlosung gestellt wurden. - Von einer solchen Abstufung ist in diesem Zusammenhang in der Begründung des Regierungsentwurfs auch ausdrücklich die Rede²⁾; darüber hinaus wurde von den geringeren Voraussetzungen des § 62 gesprochen. - Damit war den oben erläuterten Bestrebungen hauptsächlich der Praxis, einen einheitlichen Begriff, nämlich den des "Erziehungsnotstandes", zu verwenden, unmißverständlich widersprochen worden.

Hinsichtlich der Förderungsbereitschaft der Personensorgeberechtigten bei der Durchführung der FEH - als weiterer Voraussetzung für die Gewährung der FEH - berücksichtigte der Entwurf die seit langer Zeit von den Experten der Jugendarbeit geäußerten Vorstellungen. Die amtliche Begründung zum Regierungsentwurf sagt hierüber³⁾: "Die Bereitschaft der Personensorgeberechtigten muß ernsthaft und glaubhaft erscheinen, anderenfalls ist von der FEH abzusehen." Wie die Erziehungsbeistandschaft, so beruhe auch die FEH "ihrem Wesen nach auf der Zusammenarbeit zwischen Personensorgeberechtigten und den mit der Durchführung der FEH betrauten Stellen."

1) siehe Anlagen-Band 71, Drs. 2226, S.27.

2) siehe Anlagen-Band 71, Drs. 2226, S.27 (2.Spalte).

3) Anlagen-Band 71, Drs.2226, S.28 (1.Spalte).

Eng verbunden mit dem Grundsatz der Zusammenarbeit mit den Personensorgeberechtigten und als besondere Ausprägung der Elternrechte bei der FEH ist § 75 Abs.3 des Entwurfes zu verstehen, welcher lautet:

"Die Freiwillige Erziehungshilfe ist vom Landesjugendamt unverzüglich aufzuheben, wenn ein Personensorgeberechtigter die Aufhebung beim Landesjugendamt beantragt."¹⁾

Während in § 63 Satz 1 des Entwurfs für die Gewährung der FEH der schriftliche Antrag der Personensorgeberechtigten, also beider Elternteile (des Vaters und der Mutter), erforderlich sein sollte, wurde hier in § 75 Abs.3 festgelegt, daß die FEH schon dann aufzuheben ist, wenn nur ein Personensorgeberechtigter sein Einverständnis aus irgendwelchen Gründen widerruft. - Hiermit wurde die unbedingte Gebundenheit der Gewährung und Ausführung der FEH an das Einverständnis und die Mitarbeit aller Personensorgeberechtigten manifestiert. Und so stellte auch die Begründung fest: "Die Regelung in Abs.3 ist eine Konsequenz aus § 63, aus dem sich ergibt, daß FEH nicht gegen den Willen der Personensorgeberechtigten gewährt werden kann."²⁾ Mit dieser konsequenten Einstellung war die früher verschiedentlich geforderte Einführung einer Sperr- oder Kündigungsfrist für die Aufhebung der FEH unvereinbar, vgl. die Ausführungen im 4. Kapitel unter II u. III.

Der Bundesrat und der Ausschuß für Familien- und Jugendfragen sowie der Bundestag haben diese Regelung nicht beanstandet. Sie wurde daher unverändert Gesetz.

Zur Rechtsnatur des Antrags der Personensorgeberechtigten auf Gewährung von FEH beim Landesjugendamt (§ 63 des Entw.) - das LJA sah der Entwurf als Ausführungsbehörde für FEH und FE vor (§ 69 des Entw.) - wurde auf die Begründung zu § 57 des Entwurfs verwiesen;³⁾ auf die Frage der Rechtsnatur der FEH soll jedoch später besonders eingegangen werden.

Der Bundesrat hatte in seiner 224. Sitzung am 28. Oktober 1960 gemäß § 76 Abs. 2 GG zu dem Entwurf Stellung genommen.⁴⁾ Insbesondere zu § 62 wurde in dieser Stellungnahme ein Änderungsvorschlag gemacht, nachdem die Worte "ist FEH zu gewähren" durch

1) Anlagen-Band 71, Drs. 2226, S.9 (2.Spalte).

2) Anlagen-Band 71, Drs. 2226, S.31 (1.Spalte).

3) Anlagen-Band 71, Drs. 2226, S.28 (1.Spalte).

4) Anlage 2 zu Drs. 2226 in Anlagen-Band 71 S.36 ff.

die Worte "kann auf Antrag FEH gewährt werden", ersetzt werden sollten.¹⁾

Der Bundesrat begründete diesen Vorschlag damit, daß die Schaffung eines Rechtsanspruchs auf Gewährung der FEH nicht die "Besonderheiten des einzelnen Erziehungsfalles" berücksichtige. Die Gewährung im Wege der Kannleistung lasse dem LJA den nötigen Ermessensspielraum. Die Bundesregierung stimmte dem Vorschlag nicht zu.²⁾ Die Gewährung eines Ermessensspielraums ohne nähere Umgrenzung wurde mit der Begründung abgelehnt, daß auf die Gewährung der FEH bisher auf Grund des § 6 Abs. 1, Buchstabe d) der Reichsgrundsätze zur FürsorgepflichtVO ein Rechtsanspruch bestanden habe, was i. Erg. aus der Entscheidung des BVerwG vom 24.VI.1954³⁾ zu entnehmen sei. - Die Ansicht der Bundesregierung setzte sich in dieser wichtigen Frage auch im weiteren Verlauf der Gesetzesberatung durch. Wie schon erwähnt, blieb § 62 des Entwurfs in den parlamentarischen Vorarbeiten unverändert. Erfolgreicher war die Stellungnahme des Bundesrates hinsichtlich § 71 Abs. 2 des Regierungsentwurfs. Der von der Bundesregierung beschlossene Entwurf lautete in § 71 Abs. 2:⁴⁾

"Ist mit der Durchführung der FEH eine Freiheitsentziehung im Sinne des Art. 104 Abs. 2 des GG verbunden, so bedarf die Unterbringung der ausdrücklichen Zustimmung der Personensorgeberechtigten; ist der Personensorgeberechtigte ein Vormund oder Pfleger, so bedarf die Unterbringung auch der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts."

Der Bundesrat trat für die Streichung dieses Absatzes mit der Begründung ein:

"Für die Bestimmung besteht angesichts der durch die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts v. 10.II.1960⁶⁾ insoweit geklärten Rechtslage kein dringendes Bedürfnis. Die Materie sollte allge-

1) Anlage 2 zu Drs. 2226 in Anlagen-Band 71 S.39.

2) siehe Anl.-Bd. 71, Drs.2226, Anl.2, S.45, zu § 62.

3) Amtl. Sammlung Bd. 1, S.159.

4) Drs. 2226 aaO. auf S. 9.

5) aaO., S. 40 (2.Spalte).

6) Hier handelt es sich um einen Beschluß des BVerfG v.10.II.1960 (BVerfGE 10,302 = DVBl 1960,433 = FamRZ 1960,186 = NJW 1960,811) nachdem eine richterliche Entscheidung nach Art.104 Abs.2 S.1 u. 2 GG auch dann erforderlich ist, wenn der Vormund in Ausübung seines Aufenthaltsbestimmungsrechts den volljährigen Entmündigten in einer geschlossenen Anstalt unterbringen will.

gemein bei den einschlägigen Vorschriften des BGB geregelt werden ..." - Dem stimmte die Bundesregierung unter der Voraussetzung zu, daß eine entsprechende Regelung im Familienrechtsänderungsgesetz erfolgt.¹⁾ - Dies geschah durch Einfügung von § 1800 Abs. 2 BGB mit Wirkung vom 1. Januar 1962²⁾.

Mit dem Wegfall von § 71 Abs. 2 des Regierungsentwurfs und der Einfügung des § 1800 Abs. 2 BGB konnten aber nicht die seit einiger Zeit offenen Fragen über die Bedeutung des Art. 104 Abs. 2 GG für die FEH schlechthin gelöst werden, denn § 1800 Abs. 2 BGB befaßt sich nur mit der Unterbringung des unter Vormundschaft stehenden Minderjährigen, die mit Freiheitsentziehung verbunden ist. Damit blieben u.a. die Fragen offen, ob eine Heimunterbringung allein zu Erziehungszwecken eine Freiheitsentziehung oder lediglich eine Freiheitsbeschränkung bedeutet, und ob die natürlichen Eltern dem Vormund i.S. des § 1800 Abs. 2 BGB gleichgestellt werden müssen, wenn sie ihr Kind im Wege der FEH in einem geschlossenen Heim oder einer Anstalt unterbringen wollen.³⁾

In der ersten Beratung des Gesetzentwurfs im Bundestag (1.Lesung) wurde der Beschluß auf Überweisung an den Ausschuß für Familien- und Jugendfragen (federführend) und an den Ausschuß für Kommunalpolitik und öffentliche Fürsorge (mitberatend) gefaßt. - Vor dieser Beschlußfassung begründete der Bundesfamilienminister den Entwurf der Regierung mündlich.⁴⁾

Dabei wurde der wichtigste Grundsatz des Entwurfs hervorgehoben, nach dem es gelte, die vorrangige Erziehungsträgerschaft der Familie in ihrer pädagogischen Eigentätigkeit und Eigenverantwortlichkeit zu stärken. Als Leitgedanke des Gesetzes sei es zu betrachten, die in Art. 6 GG festgelegten Elternrechte und -pflichten einerseits und das Recht des Kindes auf Erziehung

1) in Stellung. der Bureg.zu den Vorschlägen des BR,Anlagen-Bd. 71, Drs. 2226, Anlage 3 S.46.

2) Durch Art1 Nr.32 des Ges.zur Vereinheitlichung und Änderung familienrechtl.Vorschriften (Famrechtsänd.Ges.) v.11.8.1961 (BGBl I, S.1221); § 1800 Abs.2 BGB verlangt die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, wenn ein Vormund eine mit Freiheitsentziehung verbundene Unterbringung eines Minderjährigen vornehmen will.

3) Auf diese Fragen kann an dieser Stelle noch nicht näher eingegangen werden, siehe 8. Kapitel, B.

4) in: "Verhdl. des Dt.Bundestages", 3.Wahlperiode - Stenographische Berichte, Band 47 - 135. Sitzung, S.772 3 ff.

gegenüber der Familie andererseits durch Gemeinde und Staat zu fördern, "indem beide den Eltern helfen, ihre immer schwerer und größer werdenden Aufgaben zu erfüllen."¹⁾ Dieser Leitgedanke zielt auch auf die Stärkung der elterlichen Verantwortung und auf eine rege Zusammenarbeit ab, die nach der Garantierung der elterlichen Rechte und des elterlichen Willens in § 2a (heute § 3 JWG) auf Grund dieser Vorschrift erfolgen könne.

Damit war insbesondere die vorgeschlagene Neuregelung der freiwilligen Erziehungsbeistandschaft und der FEH angesprochen. Für diese beiden bundeseinheitlichen Neuschöpfungen war der Hinweis auf Art.6 und auf die Garantie der Elternrechte und des Elternwillens in § 2a des Entwurfes besonders charakteristisch. - Die hier auftretende Problematik - welche entsteht bei dem Zusammentreffen des Rechts der Eltern zur Erziehung, des Rechts des Kindes auf Erziehung²⁾ und der Verpflichtung der staatlichen Gemeinschaft zur Gewährung der notwendigen Hilfen - konnte freilich nur generell angedeutet werden. -

Bedeutsam für die Wahrung der Elternrechte war in der mündlichen Begründung des Bundesfamilienministers auch der Hinweis auf die Subsidiarität der FE: "Die FE darf nicht angeordnet werden, wenn sie durch eine ausreichende andere Maßnahme, insbesondere die FEH, vermieden werden kann."³⁾ Hierdurch war gesagt, daß die öffentliche Gewalt nur in extremen Fällen - bei einem Versagen der Eltern und deren Uneinsichtigkeit - in die Elternrechte eingreifen dürfe, indem sie dieselben einschränkt. Dieser Eingriff sollte möglichst vermieden werden.⁴⁾

Der Ausschuß für Familien- und Jugendfragen⁵⁾ ließ die Grundkonzeption des Abschnitts VI des Regierungsentwurfs bestehen.

Schließlich hob der Ausschuß, wie schon dem Sinne nach die Begründung zum Regierungsentwurf, die Abstufung im Verhältnis FEH und FE hervor. Danach sollte die FEH im Gegensatz zur FE

1) zit. aus Bd.47, S. 7724 aaO.

2) Die Novelle 1961 hat den Wortlaut des § 1 RJWG, der von diesen Rechten spricht, nicht geändert.

3) zit. aus Bd. 47, S.7726 (Spalte 2) aaO.

4) in diesem Sinne schon die amtliche Begründung des Reg.-Entw. in Anlagen-Band 71, Drs. 2226, S.27.

5) Schriftlicher Bericht des 10.Ausschusses v.15.Juni 1961 in Anlagen-Band 75 (Drs.2801-3007) 1961, hier:Drs.2854 und zu Drs. 2854.

künftig auch schon dann gewährt werden, "wenn noch keine Verwahrlosung droht oder eingetreten ist, dennoch aber eine Gefährdung oder Schädigung der leiblichen, geistigen oder seelischen Entwicklung sie erforderlich macht."¹⁾ - In diesem Zusammenhang kann lediglich angedeutet werden, daß der Ausschuß keine Änderung des § 71 Abs.3 Satz 1 des Entwurfs bewirkte, so daß in der endgültigen Gesetzesform in § 71 Abs.2 JWG keine lex specialis gegenüber der Garantie-Norm des § 3 JWG gesehen werden kann. Vielmehr ist § 71 Abs.2 JWG - der von der Erziehung nach den Grundsätzen einer Kirche, Religionsgesellschaft oder Weltanschauungsgemeinschaft spricht - eine Konsequenz aus § 3 Abs.1 Satz 3 JWG, der die religiöse Erziehung zum Gegenstand hat. - Über die Empfehlungen des Ausschusses im Zusammenhang mit § 2a der Regierungsvorlage - dem endgültigen § 3 JWG - und der dabei erörterten Elternrechte wird im folgenden noch zu berichten sein. Wie aus dem kurzen Überblick über die FEH im Regierungsentwurf ersichtlich ist, enthielt der Entwurf also eine institutionelle Trennung in FEH und FE, die sich im neuen JWG schließlich auch gegen den verschiedentlich geforderten Grundsatz der Einheit der öffentlichen Erziehungshilfe durchgesetzt hat. - Weiterhin ist ersichtlich, daß der Entwurf eine Sperr- oder Kündigungsfrist im Zusammenhang mit der Rücknahme des Minderjährigen aus der FEH ablehnte. Einen ausdrücklichen Hinweis auf den Rechtscharakter der neugeschaffenen FEH gab der Entwurf nicht.

Schlußbemerkung:

Die Fachkommission des AFET hat in einer Stellungnahme zu dem Entwurf der Novelle auf ihre "abweichende Auffassung in grundsätzlichen Fragen des Rechts der öffentlichen Erziehungshilfe" hingewiesen.²⁾ - Dabei erschien der Kommission der in der Novelle eingeschlagene Weg als "so bedenklich und für die weitere Entwicklung der öffentlichen Erziehungshilfe gefährdend, daß sie die vorgesehene Regelung insgesamt als einen wesentlichen Rückschritt gegenüber dem bisherigen Rechtszustand bezeichnete."³⁾

1) aaO., S.4 (2.Spalte).

2) siehe Mitgl.Rdbr.des AFET Nr.1 aus 1961.

3) zit.aus der Stellungnahme des AFET zu Abschnitt VI ...
in Mitgl.Rdbr.1962 Nr.3/4, S.1.

So wird auch verständlich, daß von einer wesentlichen Übereinstimmung der Novelle mit den oben erläuterten Vorschlägen des AFET nicht gesprochen werden konnte. Dies galt besonders für Abschnitt VI des Entwurfes und die in diesem enthaltene Institution der Freiwilligen Erziehungshilfe. Außer durch den AFET wurde in der Literatur umfangreiche Kritik - verschiedentlich aber auch Lob - gegenüber dem Entwurf der Novelle und dem Abschnitt VI laut.¹⁾

Zweites Kapitel: Die rechtliche Qualifizierung des der "Freiwilligen Erziehungshilfe" des JWG zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses.

Aus der Beantwortung der Frage, welche Rechtsnatur die Freiwillige Erziehungshilfe besitzt, ergeben sich für die Elternrechte im Zusammenhang mit der FEH wichtige Folgerungen.

So folgt aus der Definition des der FEH zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses die Feststellung, daß die bei der Ausführung bzw. Durchführung der FEH durch das LJA zu ergreifenden Maßnahmen aus eigenem, originärem Recht oder aus derivativen, d.h. von den Erziehungsberechtigten abgeleiteten, Befugnissen fließen. Die Elternrechte erhalten somit bei der einen oder anderen Konstruktionsmöglichkeit verschiedene Ausgestaltungen und verschiedenen Umfang, so daß die oben gestellte Frage zunächst beantwortet werden muß.

1) vgl. Rothe: "Entwurf eines Gesetzes zur Änd.u.Ergä.des RJWG" in UJ 11/1960, S.482-489; derselbe in UJ 6/1960 S.265-271; derselbe "Die zweite Novelle zum RJWG" in RdJ. 1960, 341 ff, 373 ff; Vogler, Hasenclever Müller "Stellungnahme zur Reform des JWG" in DJ 1961 (Januar) S.16-22; "Um das Jugendhilfegesetz" (Antworten auf den Abgesang von Becker, Hasenclever, Potrykus u.a.) in UJ 7/1960, S.290-291; Frey "Eine weitere Novelle zum RJWG" in Ehe und Familie 1961, 196 (Erläuterung der wichtigsten Bestimmungen des Entwurfs); "Die Novelle zum JWG, Lob und Kritik" (Erste Stellungnahme von Jugend- und Wohlfahrtsverbänden) in: Allgem. Deutsche Lehrerzeitung 22/1960, S.382; Kutschbach "Streitobjekt Jugendhilfe" in RdJ 1961, 145; Haller "Die RJWG-Novelle im Bundesrat" in UJ 1/1961, S.6-16; "Um ein neues JWG" in DtJ 58, 296; "Neuordnung des Jugendwohlfahrtsrechts" in DtJ 58, 471; Schmidle, P. "Synopsis der Vorschriften des RJWG und des JWG" in Jugendwohl 19/1961, 327-362.

I. Überblick über die divergierenden Auffassungen aus der Zeit vor dem Inkrafttreten des JWG vom 11. August 1961 am 1. Juli 1962.

Die Auffassungen über die Rechtsnatur der FEH vor ihrer bundesgesetzlichen Regelung gingen weit auseinander. Im wesentlichen wurden drei verschiedene Meinungen vertreten:

Kurz skizziert ging die eine Meinung bei der Gewährung der FEH von der Form eines privatrechtlichen Vertrages aus, eine andere Meinung von einer Vereinbarung in Form eines öffentlich-rechtlichen Vertrages, und eine dritte schließlich sah die Gewährung der FEH in der Form eines staatlichen Hoheitsaktes wie bei der FE, nur gebunden an die Zustimmung der Erziehungsberechtigten in der Gestalt eines zustimmungsbedürftigen Verwaltungsaktes.

Die zuerst genannte Rechtsauffassung wurde hauptsächlich von Blumenthal¹⁾ vertreten²⁾. Er geht bei der Rechtsnatur der "freiwilligen FE" schon 1929 davon aus, daß aus der Entstehungsgeschichte nichts dafür entnommen werden könne, was auf eine andere als privatrechtliche Grundlage hinwiese. Diese Auffassung faßte die zur Ausführung der freiwilligen öffentlichen Erziehung erforderliche Übereinstimmung zwischen Personensorgeberechtigten und der Erziehungsbehörde³⁾ als einen zivilrechtlichen Erziehungsvertrag auf, durch den die Ausübung des Erziehungsrechts auf die Erziehungsbehörde übertragen werden sollte. Die Erziehungsbehörde übe private Elternrechte aus. Die Behörde sollte zivilrechtlich d.h. den Eltern gegenüber verpflichtet sein, den jungen Menschen zu leiblicher, seelischer und gesellschaftlicher Tüchtigkeit zu erziehen. Andererseits sollten die Erziehungsberechtigten verpflichtet sein, den Minderjährigen zu übergeben, die Ausübung der Personensorgerechte zu übertragen und gegebenenfalls die Ermächtigung zum Abschluß z.B. von Dienst- oder Lehrverträgen zu erteilen. Der

- 1) Blumenthal in Zbl.f. Jugendrecht, Bd. 21, 1929/30, S. 168, 221.
- 2) aber auch von Vossen in Zbl. 21, S. 253; Hartmann in Zbl. 21, S. 14; OLG Hamburg v. 24. IV. 1929 in Zbl. 21, S. 245; des weiteren Friedeberg-Polligkeit (Komm. z. RJWG 2. Aufl., S. 441; Muthesius (Komm. z. RJWG 1950, S. 82); Potrykus (Komm. z. RJWG 1953, S. 231).
- 3) Unter dem Begriff Erziehungsbehörde wird im folgenden die Ausführungsbehörde i.S. des § 69 Abs. 1 JWG verstanden; also die Behörde, die die FEH ausgeführt und unter deren Aufsicht sie durchgeführt wird, § 69 Abs. 3 Satz 1 JWG. Welche Behörde die FEH in den einzelnen Bundesländern ausführt, bestimmt das Landesrecht, § 74 JWG; vgl. die Ausführungen im 3. Kap. unter D I = S. 136 ff.

bzw. die Erziehungsberechtigten hatten nach dieser Konstruktion das Recht, den Vertrag jederzeit zu kündigen, während die Erziehungsbehörde das Kündigungsrecht nur entsprechend der vertraglichen Regelung haben sollte.

Entgegen dieser älteren Auffassung, die auch in jüngerer Zeit noch vertreten wurde¹⁾, wurde in neuerer Zeit zunehmend ein öffentlich-rechtlicher Charakter bei der freiwillig öffentlichen Erziehung gesehen. - Diese Rechtsauffassung hatte ihren Vorläufer in Hertz²⁾, der schon in den Jahren 1928 und 1930 der damals herrschenden Meinung vom privatrechtlichen Charakter der freiwilligen FE entgegentrat, indem er Blumenthal aaO.³⁾ nachzuweisen versuchte, daß die freiwillige FE als öffentlich-rechtliche Erziehung, eingeleitet und begründet durch einen Verwaltungsakt, "nicht als ein abgeleitetes, übertragenes Privatrecht anzusehen ist"⁴⁾. Damit wurde durch Hertz aaO. die freiwillige FE und die FE jedenfalls hinsichtlich der Rechtsgrundlage gleichgesetzt; die Behörde sollte somit wie bei der FE ein eigenes, öffentlich-rechtliches Erziehungsrecht haben. In diesem Sinne argumentierte auch Marcus⁵⁾ im Jahre 1951, der diese Auffassung weitgehend begründete und ausführlich zur älteren Meinung Stellung nahm. Wohl in Anlehnung an Marcus aaO. setzten in Fachkreisen⁶⁾ Zweifel darüber ein, ob eine rein zivilrechtliche Vertragsform bei der FEH paßt oder noch paßt. Zuvor aber hatte schon Wagner⁷⁾ für die "öffentliche Erziehungshilfe" anerkannt,

1) Außer den schon unter Fußn. 1, 2 (S. 35) genannten Kommentatoren Potrykus, Muthesius und Friedeberg-Polligkeit sind zu nennen: Fichtl Komm. z. RJWG 2. Aufl., Anm. 1 zu § 65 = S. 112, 113): "... die freiw. FE stellt einen reinen Erziehungsvertrag über den Minderjährigen zwischen ... Behörde und JA dar ..."; wohl auch Becker (in Zbl. 61, S. 3): "... so handelt es sich sicherlich nicht nur um einen bürgerlich-rechtl. Vertrag, dessen Erfüllung verlangt ..., sondern um einen Vertrag mit ö.-r. Einschlag ..." und Hermann (in Zbl. 1963, S. 75 ff) S. 77: "Die FEH ... ist in erster Linie eine privatrechtliche Erziehungsmaßnahme des Erziehungsberechtigten ... mit öffentlicher Unterstützung i. Gs. zu FE ..."; des weiteren wohl Jans (in Neue Schriftenreihe des AFET Heft 14, 1960 S. 80): in der FEH "überlassen die Personensorgeberechtigten dem LJA die Ausübung des Personensorgerechts ..." durch freiwillige Vereinbarung; vgl. auch Carspecken (in: Probleme des Jugendwohlfahrtsgesetzes S. 1 und S. 20 und in Jugendwohl, Heft 11, 1953, Rechtsätze für eine gesetzl. Fass. der FEH").

2) in Zbl. 20, 138 u. 21, 389. 3) Zbl. 21, S. 168, 221.

4) Hertz in Zbl. 21, 392.

5) in der schon zit. Diss. auf S. 32.

6) vgl. N. Schr. r. des AFET Heft 7/1953, S. 57; Heft 10/1954, S. 69.

7) in der zit. Diss. S. 85, 86, 87, 88.

daß es sich hierbei - als einer Maßnahme der öffentlichen Jugendhilfe - um öffentliche, aber nicht um obrigkeitliche Verwaltungstätigkeit handelt, die sich insofern aus dem Rahmen der privatrechtlichen (= fiskalischen) Verwaltung heraushebe. - Aber er ging nicht so weit wie später Marcus und qualifizierte das der FEH zugrundeliegende Rechtsverhältnis als öffentlich-rechtlichen Vertrag, genauer: als öffentlich-rechtliche Erziehungsvereinbarung, wobei der Erziehungsbehörde die Ausübung der Erziehungsrechte zu übertragen waren, diese also keine eigenen Rechte wie bei der FE besaß. In ähnlicher Weise charakterisierte Riedel¹⁾ die FEH vor Inkrafttreten des neuen JWG. Auch nach ihm beruhte die FEH auf einem öffentlich-rechtlichen Vertrag, nicht auf einem zivilrechtlichen Verhältnis, wobei die FEH neben der FE stehend nach ähnlichen Grundsätzen durchzuführen sei.

Die Verschiedenheit der Auffassungen hatte naturgemäß im Schrifttum²⁾ Unsicherheit über die Frage der rechtlichen Konstruktion der Vereinbarung zwischen Eltern und Erziehungsbehörde zur Folge. - Eine grundlegende Erörterung über das Für und Wider der soeben skizzierten Rechtsmeinungen erfolgte nicht. - Lücken³⁾ zeigte jedoch in dem Beitrag "Elternrecht und Heimerziehung"⁴⁾ einen Weg auf, indem er aus den divergierenden Auffassungen - privatrechtlichen Vertrag, mitwirkungsbedürftiger Verwaltungsakt, öffentlich-rechtlicher Vertrag - die erstere mit der Begründung ablehnte⁵⁾, daß die Erziehungsbehörde "nicht privatrechtlich, sondern in Ausübung einer öffentlich-rechtlichen Aufgabe tätig wird". Weil für die Annahme eines öffentlich-rechtlichen Vertrages kein Anlaß bestehe⁶⁾, werde durch die Übernahme in frei-

1) H. Riedel, Textausg. mit Erl. zum RJWG 4. Aufl. 1960 vor § 62 II = S. 135.

2) siehe den Aufsatz von Sieverts "Allgem. Rechtsgrdl. der fürsorg. Heimerz." in Hdb.d. Heimerz. 11. Lief. 1961, S. 1096, wo die Möglichkeiten lediglich angedeutet werden; und den Aufsatz von Beuermann "Das Recht der Heimzöglinge" daselbst S. 1128, wo bzgl. der Übernahme in FEH nur die Möglichkeit des öffentl.-rechtl. Erziehungsvertrags oder des "mitwirkungsbedür. VA" herausgestellt werden und sich die Verfasserin ohne Begründung für den Charakter des "mitwirkungsbedür. VA" entscheidet.

3) zit. in diesem Zusammenhang auch bei Reinartz: "Die rechtl. Stellung des Heimerziehers" in Hdb.d. Heimerz. 11. Lief. 1961, S. 1153, 1154; insbes. S. 1173/74.

4) in Hdb.d. Heimerz. 11. Lief. 1961, S. 1162 ff.

5) aaO., S. 1173.

6) wird näher ausgeführt S. 1174.

willige öffentliche Erziehung im Wege eines mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsaktes ein originäres, „öffentlich-rechtliches Erziehungsrecht“ begründet, das vom Elternrecht unabhängig sei und letzteres nur einschränke, aber in der Wurzel unangetastet lasse. Im Ergebnis wurde damit die Auffassung von Hertz aaO. aus dem Jahre 1930 bestätigt.

II. Ist durch die gesetzliche Regelung in § 63 JWG n.F. der Meinungsstreit über die Rechtsnatur der FEH, insbesondere über die die FEH einleitende Entscheidung (= Gewährung) entschieden worden?

§ 63 Satz 1 und 2 JWG n.F. lauten:

"Das Landesjugendamt gewährt Freiwillige Erziehungshilfe auf schriftlichen Antrag der Personensorgeberechtigten. Der Antrag ist bei dem Jugendamt zu stellen ..."

Aus diesem Gesetzeswortlaut, sowie aus § 62 JWG n.F., der die Voraussetzungen für die Gewährung der FEH bestimmt, läßt sich die oben gestellte Frage unmittelbar nicht zweifelsfrei beantworten. - Um den maßgebenden Sinn dieses Rechtssatzes im Hinblick auf die obige Fragestellung klarzustellen, bedarf es der Auslegung (Interpretation) des im § 63 JWG n.F. enthaltenen Rechtssatzes.

a) Bei den Auslegungsmitteln des Wortsinns (Wortinterpretation) und des Begriffsinhalts (Begriffsinterpretation) wäre anzuknüpfen an den Sinn und den Inhalt der Worte "gewährt" und "Antrag". - Die "Gewährung" einer Leistung oder einer Wohltat beinhaltet einen neutralen Sinn, der keine Rückschlüsse auf den privatrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Charakter der FEH zuläßt. - Der Begriff "Antrag" ist ebenfalls neutral, er ist außer im öffentlichen, genauer gesagt, im Verwaltungsrecht, z.B. auch im Prozeßrecht gebräuchlich.

b) Nach der systematischen Interpretation, d.h. nach dem Zusammenhang des § 62 zu anderen Vorschriften desselben Normenkomplexes - hier des JWG, insbesondere Abschnitt VI des Gesetzes - kann festgestellt werden, daß § 62 JWG im Hinblick auf § 64 JWG - der die "Anordnung" (nicht "Gewährung") der FE vorsieht - eine von § 64 JWG verschiedene Terminologie gebraucht. Diese Verschiedenheit könnte besagen, daß es sich um Rechtsinstitute handelt, die in ihrer Grundlage voneinander abweichen. Dabei kann vorausgesetzt werden, daß die rechtliche Qualifizierung der FE als eine öffentlich-rechtliche Zwangsmaßnahme in der Jugendhilfe einhellig ver-

treten wird. Genaues über den Rechtscharakter der FEH läßt sich aber nach dieser Interpretationsmethode nicht sagen.

c) Weiterhin ist die geschichtliche Entwicklung der FEH als Auslegungsmittel in § 62 JWG zur Klarstellung des Rechtscharakters der FEH heranzuziehen.

Die geschichtliche Entwicklung der FEH war, wie im 2. Kapitel unter I dargestellt, so außerordentlich differenziert hinsichtlich ihrer Rechtsgrundlage in den einzelnen Ländern und ihrer rechtlichen Qualifizierung, daß hieraus sowohl für die eine als auch für die andere Auffassung Boden gewonnen werden könnte.

d) Als wichtigste und aufschlußreichste Auslegungsmittel müssen die Entstehungsmaterialien (genetische Interpretation) und der Zweck der FEH (teleologische Interpretation) herangezogen werden. Die Begründung des Regierungsentwurfs zu § 63 JWG¹⁾ verweist zur Frage der Rechtsnatur des Antrags auf FEH auf die Begründung zu § 57 JWG (Erziehungsbeistandschaft).²⁾ Hier ist von einem "öffentlich-rechtlichen Verwaltungsakt" die Rede und von der Zustimmung der Personensorgeberechtigten zum "öffentlich-rechtlichen Verwaltungsakt" der Bestellung. Folglich kann davon ausgegangen werden, daß die Regierungsbegründung zu § 63 JWG die Gewährung der FEH als "öffentlich-rechtlichen Verwaltungsakt" einstufte - gemeint ist wohl ein mitwirkungsbedürftiger Verwaltungsakt - und sich somit die privatrechtliche Auffassung der Vergangenheit anstelle einer öffentlich-rechtlichen Qualifizierung der FEH nicht zu eigen gemacht hat.

Der Zweck der FEH, der Sinn ihrer Erfüllung, ist als weiterer Faktor bei der Ergründung ihrer Rechtsnatur heranzuziehen (teleologische Interpretation).

Die FEH als eine unter mehreren Jugendhilfemaßnahmen dient einmal zur Erfüllung des "Rechts" des jungen Menschen auf Erziehung "zur leiblichen, seelischen und gesellschaftlichen Tüchtigkeit" im Sinne des § 1 Abs. 1 JWG und zum anderen zur Erfüllung des Rechts auf öffentliche Jugendhilfe im Sinne des § 1 Abs. 3 JWG.- Wenn auch diese beiden Rechte hinsichtlich der ihnen innewohnenden

den

1) BT-Drucksache 2226 S.28 in Anlagen-Band 71.

2) aaO., S.26 (1. Spalte).

Stärke verschieden zu beurteilen sind¹⁾, so zielen sie doch beide auf die "öffentliche" Jugendhilfe ab, die sich wieder von der "freiwilligen Tätigkeit" privater Jugendhilfe - vgl. § 1 Abs. 3 JWG - abgrenzen läßt. - Im Unterschied zu letzterer umfaßt die öffentliche Jugendhilfe "alle behördlichen Maßnahmen zur Förderung der Jugendwohlfahrt ...", § 2 Abs. 2 JWG. Die Erziehungsbehörde wird daher in Erfüllung dieser Rechte des jungen Menschen, die beide öffentlich-rechtlicher Natur sind - wenn auch mit verschiedenem rechtlichen Gehalt - nicht privat-rechtlich, sondern in Ausübung einer öffentlich-rechtlichen Aufgabe tätig. Wenn also der Anspruch des Kindes auf Erziehung von der Familie nicht erfüllt wird und der Staat helfend eingreift, so wird er damit nicht nur im Interesse des Kindes tätig, sondern er handelt zugleich im Interesse der Allgemeinheit und somit in Wahrnehmung öffentlicher Belange, weil auch ein öffentliches Interesse an der Beseitigung von Erziehungsschäden besteht. Die genannten Kriterien für die Begründung eines öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnisses bei der FEH sind zwar einleuchtend, aber erst im Verein mit den allgemeinen Unterscheidungsmerkmalen des öffentlichen und privaten (bürgerlichen) Rechts kann eine endgültige Klarheit erreicht werden. Worin sich die beiden Rechtsmaterien unterscheiden, ist zweifelhaft. Die Unterscheidung muß heute wesentlich anders verstanden

1) Das Recht auf öffentl. Jugendhilfe des § 1 Abs. 3 JWG gewährt im Gegensatz zum Recht auf Erziehung (§ 1 Abs. 1 JWG) nach h.M. einen einklagbaren Anspruch (so Jans-Happe, Komm.z.JWG § 1, Anm. 6; vgl. auch Krug, Komm.z.JWG § 1 Anm. 6). - Die Präzisierung der Antragsrechte besonders in Abschnitt VI des JWG läßt ein Recht auf öffentl. Jugendhilfe begründet erscheinen, (vgl. auch das Urteil des BVerwG v. 24. Juni 1954 in BVerwGE Bd. 1, S. 159 ff., das die FE betrifft). Andererseits ist es umstritten, ob es, wie der Anspruch auf schulische Erziehung, ein öffl.-rechtl. und einklagbares Recht des Kindes auf Erziehung, gibt. Hier wird zu § 1 Abs. 1 JWG vorgetragen, daß ein solches "Recht" lediglich ein Programmsatz, ein Reflexrecht darstellt. Wenn auch verschiedentlich (so u.a. Riedel, Komm. z. JWG 3. Aufl., § 1 Anm. 7, S. 68) de lege ferenda eine stärkere Ausgestaltung dieses Programmsatzes zu einem "Grundrecht auf Erziehung" gefordert wird, so muß doch zum heutigen Zeitpunkt der h.M. darin gefolgt werden, daß nach § 1 Abs. 1 JWG ein einklagbares "Recht" des Miß auf die Gesamtheit dessen, was man unter Erziehung versteht, nicht besteht. Das folgt daraus, daß diesem Programmsatz die nötige Konkretheit und Substanz fehlt, die ein Rechtssatz haben muß. - Dennoch bekommt § 1 Abs. 1 JWG durch die Verbindung mit Abs. 3 dieser Vorschrift ein nicht unerhebliches Gewicht (vgl. zu dem

werden, als zur Zeit des klassischen römischen Rechts¹⁾, auf die sich die im 19.Jh. herrschende "Interessentheorie" beruft²⁾. Auch kann die "Fiskustheorie"³⁾ des absoluten Staats als überwunden gelten. - Die "Subjektionstheorie"⁴⁾ - sie verweist darauf, daß das öffentliche Recht grundsätzlich wegen der Gegenüberstellung von Hoheitsträger und gewaltunterworfenen Person Subordinationsrecht sei im Gegensatz zum Koordinationsrecht der Privatpersonen - kann dem heute gewichtig en Argument nicht standhalten, daß auch im öffentlichen Recht Koordinationsverhältnisse vorkommen. - Bei der Behandlung des der Durchführung der FEH zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses wird davon zu sprechen sein, daß sich innerhalb des öffentlichen Rechts die Rechtsverhältnisse mehren, in denen auch im Gebiet der Hoheitsverwaltung die Stellung des Staatsbürgers derjenigen des Hoheitsträgers gleich oder doch nahezu gleich ist. Daher kann die Subjektionstheorie im vorliegenden Fall keine sicheren Unterscheidungsmerkmale liefern.

Unter den mannigfaltigen Theorien hinsichtlich der beiden Rechtsmaterien⁵⁾ erscheint die Lehrmeinung von Wolff⁶⁾ über die "Verschiedenheit der die Rechtsordnung bildenden Rechtssätze" und die Verschiedenheit der Zuordnungssubjekte als Unterscheidungsmerkmale von öffentlichem und privatem Recht der beste Weg zu sein.⁷⁾ Danach sind alle diejenigen Rechtsverhältnisse öffentlich-rechtlicher Natur, "die sich aus einem Rechtssatz ergeben, der nicht jedermann verpflichtet und berechtigt, sondern notwendig nur einen Staat ..." Das ist bei den Jugendhilfemaßnahmen der Fall . Der Staat im weiteren Sinn ist nach § 1 JWG

Problem der Rechte aus § 1 JWG die Ausführungen bei Jans-Happe aaO. § 1 Anm.3, und Krug, aaO. § 1 Anm.6 und die hier zitierten Beiträge; vgl. auch Bamberger in "Fürsorge- und Sozialreform" Berlin 1956, S.194/65 und Lücken, ebenda, S.196/197; Weinbrenner ND 1957, S.333 ff).

- 1) Ulpian (Dig.I,1,§ 2) lehrte: "publicum ius est, quod ad statum rei Romanae spectat,privatum quod ad singulorum utilitatem.."
- 2) vgl. hierzu Wolff, Lb.I, 5.Aufl.1963, § 22,II, a) 6.
- 3) vgl. hierzu Forsthoff, Lb.I, 8.Aufl.1961, S.99.
- 4) vgl. RGZ 167,284; BGHZ 14,227 und BGH in DVBl.1962, 102 ff.
- 5) vgl. v.Turegg-Kraus, Lb., 4.Aufl.1962, S.36 ff und Wolff, Lb.I, 5.Aufl.1963, § 22 I,II; Forsthoff, Lb., 8.Aufl., S.99 ff.
- 6) in Verwaltungsrecht Lb. I, 5.Aufl.1963, § 22 II, c) und d).
- 7) vgl. aber auch E.Molitor: "Über öffentl.Recht und Privatrecht", S. 71 ff: Der Hoheitsakt und das Privatgeschäft. 1949

trotz der Subsidiarität der öffentlichen Jugendhilfe und trotz der "Mitarbeit freiwilliger Tätigkeit" (§ 1 Abs.3 JWG) zur Jugendhilfe verpflichtet. Demzufolge handeln die die FEH einleitenden und ausführenden Behörden (in der Regel das LJA) in Ausübung eines öffentlichen Amtes, weil sie auf Grund des JWG - einer nicht jedermann, sondern letztlich (subsidiär) nur dem Staat zustehenden Kompetenz - tätig werden.

Damit ist der öffentlich-rechtliche Rechtscharakter der FEH hinreichend begründet; und die im neueren Schrifttum einhellig in dieser Weise hervorgetretene, aber nicht hinreichend fundierte Rechtsauffassung wird damit untermauert. - So gehen die Kommentatoren zum neuen JWG¹⁾ ausnahmslos vom öffentlich-rechtlichen Charakter der FEH und vom "mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsakt" im Zusammenhang mit der Gewährung von FEH aus. - Auch in der Rechtsprechung - OLG Hamm vom 19.IV.1963²⁾ - wird die Entscheidung des LJA über den Antrag der Personensorgeberechtigten auf Gewährung von FEH als Verwaltungsakt charakterisiert. - Auf der Fachtagung des AFET in Konstanz (Mai 1962) wurde die oben versuchte Begründung für die FEH als einer "öffentlich-rechtlichen Institution" bestätigt, indem Scheuner³⁾ in diesem Zusammenhang auf die Verpflichtung der öffentlichen Jugendhilfe zur Verwirklichung des in § 1 JWG niedergelegten Anspruchs des Kindes auf Erziehung verwies.

Die vor der gesetzlichen Neuregelung der FEH durch die Novelle 1961 erhobene Frage nach der Vereinbarkeit einer öffentlich-rechtlichen Grundlage mit der Wesensart der FEH, insbesondere die Frage, ob ein öffentlich-rechtliches Gewaltverhältnis seiner Natur nach von einem jederzeit zulässigen Widerruf eines Personensorgeberechtigten abhängig gemacht werden könne⁴⁾, hat an

1) siehe Krug, § 63, Erl.3; Jans-Happe, § 63,2; Riedel, 3.Aufl. § 62, V,2 = S.620; Gräber, 2.Aufl.1963, nimmt, soweit ersichtlich, zu dieser Frage ausdrücklich keine Stellung; aus den Erläuterungen zu §§ 62 u.63 kann aber die gleiche Auffassung entnommen werden; vgl.auch in den BGB-Komentaren: Palandt-Lauterbach, 23.Aufl., Vorbem.1 zu § 62 JWG = S.2108 und § 62, Anm.1 = S.2109; Soergel-Siebert-Lange IV, S.402, Anm.22.

2) in Zbl.1963, Heft 6, S.169.

3) in N.Schrr. d. AFET, Heft 16/1962, S.20.

4) vgl.den genannten Beitrag von Blumenthal in Zbl. 21, S.222 und die Entgegnung von Hertz hierzu in Zbl. 21/391.

Aktualität verloren, nachdem die FEH im JWG eine gesetzliche Regelung gefunden hat.¹⁾

Abschließend kann also zunächst festgestellt werden, daß die Einleitung und Durchführung der FEH als ein~~z~~Teilgebiet~~der~~ der öffentlichen Verwaltung von der Rechtsordnung selbst aus dem Rahmen der privatrechtlichen (= fiskalischen) Verwaltung herausgehoben wird.

III. Folgt aus der Anerkennung der FEH als öffentlich-rechtlichem Institut und der Feststellung, daß die Übernahme in FEH - in Erfüllung des in § 1 JWG festgelegten Anspruchs - durch einen Verwaltungsakt erfolgt, auch die Annahme eines eigenen Erziehungsrechts der Behörde bei ihrer Durchführung, wie dies bei der FE der Fall ist?

Sowohl nach altem wie auch nach neuem Recht begründet die vormundschaftsgerichtliche Anordnung der FE für die Fürsorgeerziehungsbehörde ein eigenes, nicht von den Eltern abgeleitetes öffentlich-rechtliches Erziehungsrecht. - Nach den §§ 64,67 JWG als selbst~~änd~~igem öffentlich-rechtlichen Rechtsgrund kommt das Erziehungsrecht in der FE also durch die Anordnung der Maßnahme umfassend in der Weise zur Entstehung, daß die staatliche Behörde nicht kraft übertragenen Ausübungsrechts, sondern kraft eigenen Rechts die Erziehung der ihr überwiesenen Minderjährigen ausübt. Die FE-Behörde tritt somit dem ihr durch Gerichtsbeschluß zugewiesenen Minderjährigen in Ausübung öffentlich-rechtlicher Befugnisse und Pflichten gegenüber, sie handelt hierbei hoheitlich und obrigkeitlich, d.h. in Ausführung von Zwangsmaßnahmen. - Aus der Tatsache, daß nach einer Aufhebung der FE die Erziehungsrechte der Eltern sofort in vollem Umfange ohne jede Rückübertragung wieder aufleben, kann gefolgert werden, daß das Elternrecht der Eltern in seiner Wurzel erhalten bleibt, aber solange und soweit von den Eltern nicht ausgeübt werden kann, als der Zweck der FE dies erforderlich macht.²⁾

- 1) Auf die Argumentation von E. Marcus (Diss. "Die freiw. öfftl. Erzieh. S.28) - der schon 1951 zu dem Ergebnis kommt, daß die in dieser Frage aufgeworfenen Einwendungen sich als unzutreffend erweisen - kann verwiesen werden.
- 2) Die hier skizzierte Rechtslage bei der FE ist einhellig anerkannt. Aus dem Schrifttum soll statt vieler nur Jans-Happe, Komm. z. JWG, § 69,3 D, Lücken, "Elternrecht und Heimerziehung" in Hdb. der Heimerziehung, 1961, S.1175 und Clausen, "Pflichten und Rechte der FE-Behörde", in: N. Schrr. d. AFET, Heft 8, 1954, S.12,13 (mit weit. Hinweisen insbes. auf OLG Darmstadt (Beschl. v.24.II.1927) in OLGZ 46,211) genannt werden.

Würde die Gleichstellung von FE und FEH im Hinblick auf die Rechte der Erziehungsbehörde bejaht, dann hätte dies zur Folge, daß die FE als typische staatliche Zwangsmaßnahme und äußerstes Mittel der Jugendhilfe der auf Freiwilligkeit, Zusammenarbeit und gutem Einverständnis der Beteiligten beruhenden FEH im wesentlichen dem Rechtsgrunde nach doch gleich käme. - Die essentielle Verschiedenheit beider Jugendhilfemaßnahmen läßt eine derartige Indifferenz schon auf den ersten Blick nicht zu, denn die Unterscheidung der Freiwilligkeit als obersten Prinzip der FEH und die Anordnung der FE in aller Regel gegen den Willen der Personensorgeberechtigten tritt deutlich hervor. Dem steht nicht entgegen, daß Fachkreise Wert auf die Einheitlichkeit der Durchführung legen, denn die praktische Durchführung beider Maßnahmen läßt ihren Rechtsgrund unberührt. - Aber erst die Hervorhebung der Gemeinsamkeiten, vor allem aber der Unterscheidungsmerkmale dieser beiden Einrichtungen wird schließlich zu einem begründeten Ergebnis darüber führen, ob die Rechte der Erziehungsbehörde in beiden Fällen die gleichen sind.

1. Die FEH als eine das elterliche Erziehungsrecht "ergänzende" Maßnahme der öffentlichen Jugendhilfe, im Gegensatz zur FE als einer das private Erziehungsrecht der Eltern ersetzende Maßnahme

Schon das RJWG des Jahres 1922 stellte das Recht jedes deutschen Kindes auf Erziehung programmatisch fest (§ 1 Abs.1 RJWG), auch kannte es die Verpflichtung zur öffentlichen Erziehungshilfe (§ 1 Abs.3 RJWG), wenn der Anspruch des Kindes auf Erziehung von der Familie nicht erfüllt wurde. - Bei Geltung des RJWG wurde der Vorrang der Eltern und der Familie zur Erziehung der Kinder immer wieder hervorgehoben. Das Grundgesetz schützte die Elternrechte gegenüber der staatlichen Gemeinschaft umfassender, als dies vergleichsweise in der Regelung der Weimarer Reichsverfassung der Fall war. - Hier muß wieder auf Art.6 Abs.2 GG verwiesen werden, der den Eltern ein Abwehrrecht gegen solche Eingriffe des Staates in ihr Erziehungsrecht gibt, die nicht durch Art.6 Abs.2 Satz 2 GG gedeckt sind.¹⁾ - Dieser Schutz der Eltern äußert sich auch in § 1 Abs.3 JWG, der die Subsidiarität der öffentlichen Jugendhilfe im Hinblick auf Eltern und Familie festlegt. Auch dieser Grundsatz galt schon im gleichen Umfang

1) so das Urteil des BVerfG v. 20.X.1954
(in BVerfGE 4,52-60 /57/).

im RJWG des Jahres 1922, § 1 Abs.3 RJWG.

Wenn in Anbetracht dieser Situation bei der Verwirklichung des von der Familie nicht erfüllten Erziehungsanspruchs die öffentliche Jugendhilfe nach der amtlichen Begründung zu § 1 des RJWG des Jahres 1922¹⁾ "nur für die Familie ergänzend und ersetzend" eintritt, so muß die Absicht des Gesetzgebers der Novelle 1961 unter dem Eindruck des Art.6 Abs.2 GG mindestens ebenso weitgehend verstanden werden. - Es muß also angenommen werden, daß im Sinne der oben genannten "Abstufung" der Erziehungshilfemaßnahmen im Abschnitt VI JWG zunächst an eine die Familie ergänzende Funktion der öffentlichen Jugendhilfe und dann erst an eine ersetzende gedacht ist. - Diese Ansicht - nach der es die erste Aufgabe der öffentlichen Jugendhilfe ist, den erzieherischen Einfluß der Familie zu stärken und die Familie bei ihrer Erziehungstätigkeit zu unterstützen - wird durch die Begründung zu Abschnitt VI der Novelle 1961 bestätigt.²⁾

Dies will besagen, daß auch auf dem Gebiet der öffentlichen Jugendhilfe, insbesondere im Abschnitt VI JWG und speziell im Verhältnis von FEH und FE, der im öffentlichen Recht geltende und das gesamte Verwaltungsrecht beherrschende "Grundsatz der Verhältnismäßigkeit"³⁾ Anwendung findet, der auch das "Prinzip des geringstmöglichen Eingriffs"⁴⁾ einschließt. - Solange also das Eingreifen der öffentlichen Erziehungshilfe durch FE als staatliche Zwangsmaßnahme nicht unumgänglich ist, hat die öffentliche Jugendhilfe nur ergänzenden Charakter und soll die Eltern bei der Erziehung nur unterstützen, ohne ihr natürliches und verfassungsmäßig geschütztes Erziehungsrecht (Art.6 Abs.2 Satz 1 GG) anzutasten. - Diese ergänzende, unterstützende Jugendhilfe in der Form der FEH tritt demnach nicht ersetzend, d.h. mit eigenen

1) zit.in der amtl.Begründung des Entw.der Bundesreg.zur Novelle 1961 in BT Drs.2226,S.14,in Anlagen-Band 71.

2) vgl.die amtl.Begründ.zu Abschnitt VI in BT Drs.2226,S.25, in Anlagen-Band 71.

3) Grundsätzliches hierzu: R.v.Krauss "Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in seiner Bedeutung für die Notwendigkeit des Mittels im Verwaltungsrecht",Hamburg 1955,S.14 ff; und das "Apothekenurteil" des BVerfG v.11.VI.1958 in BVerfGE 7,378,405; vgl.hierzu auch u.a.Wolff,Lb.I,4.Aufl., § 28,I,8; Forsthoff Lb. 7.Aufl.,S.271.

4) vgl.hierzu u.a. Wolff, Lb.aaO.; Klinger, Komm.z.VwGO, S.185.

behördlichen Erziehungsrechten auf, sondern ergänzend, ohne die Eltern zu verdrängen.

Aus dieser Gegenüberstellung wird ein ganz wesentliches Unterscheidungsmerkmal der beiden Jugendhilfemaßnahmen ersichtlich, das eine Gleichstellung von FEH und FE im Hinblick auf die Rechte der Erziehungsbehörde als sehr fraglich erscheinen läßt.

2. Die FEH als "schlichte Hoheitsverwaltung" im Gegensatz zur FE als obrigkeitliche Hoheitsverwaltung

Jene Verwaltung, die von der Rechtsordnung aus dem Rahmen der bloß fiskalischen Verwaltung herausgehoben wird, muß nicht notwendig obrigkeitlicher Natur sein, d.h. sie muß nicht ⁱⁿ der Überordnung der öffentlichen Gewalt über den einzelnen, womit oft staatlicher Zwang verbunden ist, bestehen.

Weil das deutsche Verwaltungsrecht in seinem Ursprung auf dem Gegensatz von staatlichem Zwang und individueller Freiheit beruhte, warf die Bewältigung der sich herausbildenden nicht obrigkeitlichen öffentlichen Verwaltung schon in ihrer Begriffsbestimmung Schwierigkeiten auf, abgesehen von der damit verbundenen Frage nach den Abgrenzungskriterien.

Was Otto Mayer¹⁾ als "besondere Empfänge", W.Jellinek²⁾ als "schlichte Hoheitsverwaltung", F.Giese³⁾ als "soziale Verwaltung" und Forsthoff⁴⁾ als "Daseinsvorsorge" bzw. als "leistende Verwaltung" bezeichnet, ist in zunehmendem Maße neben die Eingriffsverwaltung getreten und hat so zu einer Revidierung der ursprünglich nahezu völlig auf den Eingriff des Staates in die Grundrechtssphäre abgestellten, überlieferten Einteilung des Verwaltungsrechts geführt. - In diesen Raum muß das Gebiet der Wohlfahrtspflege gestellt werden, insbesondere im vorliegenden Fall der FEH, so daß die "schlichte Hoheitsverwaltung" als typische Verwaltungsform im Falle der Durchführung der FEH nach dem JWG betrachtet werden muß. - Hier setzt der Staat (in der Regel das LJA) nicht die ihm eigentümlichen Machtmittel ein; er wird zwar

1) in: Dt. Verwaltungsrecht" 2.Bd., 3.Aufl., § 49; vgl. auch Fleiner, "Institutionen des Dt. Verw. rechts", 8.Aufl., Besond. Teil, 1. Kap., der von den Leistungen des Verwaltungsapparates spricht.

2) Verwaltungsrecht, 3.Aufl., § 2, I, 1.b) = S. 21 ff.

3) Allgem. Verwaltungsrecht, 2.Aufl., § 2, A, II = S. 14 ff.

4) Lb., 7.Aufl., Vorbem. vor § 19 = S. 230 ff.

hoheitlich tätig, aber nicht mit obrigkeitlichem Zwang wie bei der FE. Hinter dieser steht nämlich latent der staatliche Zwang, damit sie in jedem Falle durchgeführt wird und sichergestellt ist. Um das zu erreichen, wurden in § 71 Abs. 1 Satz 2 JWG für die Unterbringung die Grundrechte der Freiheit für die Person und der Freizügigkeit, nämlich Art. 2 Abs. 2 Satz 2 und Art. 11 Abs. 1 GG ausdrücklich eingeschränkt. Hierdurch wurde der Zwangscharakter der FE im Gegensatz zur FEH gesetzlich normiert. Damit wohnt ihr als einer Form der öffentlichen Verwaltung nicht nur hoheitlicher Charakter wie bei der FEH inne, sondern auch obrigkeitlicher.

Aus den obigen Ausführungen zur geschichtlichen Entwicklung und zur regierungsamtlichen Begründung des Instituts der FEH geht klar hervor, daß der Staat im Falle der FEH auf den obrigkeitlichen Zwang verzichtet, ohne dabei Fiskus werden zu wollen. Das hervorstechendste Wesensmerkmal der FEH besteht darin, daß sie ausschließlich auf Freiwilligkeit aufbaut und die Anwendung öffentlicher Gewalt, d.h. staatlichen Zwangs gegenüber den Eltern in keinem Falle, auch nicht als ultima ratio, duldet. Weil somit der FEH im Gegensatz zur FE ein obrigkeitlicher Zwang gegen die Eltern, überhaupt die Erziehungsberechtigten, wesensfremd ist, so kann sie unter den Begriff der "sozialen Verwaltung", genauer: unter nicht obrigkeitliche Verwaltung oder positiv formuliert: unter "schlichte Hoheitsverwaltung" subsumiert werden.

Nach diesem weiteren Unterscheidungsmerkmal wird ersichtlich, wie unterschiedlich die Rechtsstellung der Erziehungsbehörde im Rahmen der FEH einerseits und der FE andererseits ist.

Nun wird zu prüfen sein, auf welche andere Art als im Falle der FE die Erziehungsbehörde das zur Durchführung der Erziehung des Minderjährigen erforderliche Erziehungsrecht und die Erziehungsleitung über ihn erhält.

3. Wenn die FE mit der Rechtskraft, die vorläufige FE mit Erlaß des die FE anordnenden Beschlusses des VG ausführbar ist, § 69 Abs. 2 JWG, so entsteht hier, wie oben dargestellt, für die Erziehungsbehörde ein gesetzliches Sonderrecht, das originär durch die Anordnung begründet wird. Aus den unter III 1 und 2 dargestellten grundsätzlichen Unterscheidungsmerkmalen von FE und FEH - der Unterschied zeigt sich auch darin, daß in § 63 JWG von der

"Gewährung" der FEH die Rede ist und nicht wie bei der FE von der "Anordnung", § 64 JWG - folgt, daß die FEH von den Eltern aus freier Willensentschließung und aus der Einsicht der eigenen, unvollkommenen Erziehungsleistung gewollt und angestrebt wird. Dabei soll die Erziehungsbehörde mit ihrem, der Eltern Willen, unter der Voraussetzung ihres Einverständnisses und ihrer Förderungsbereitschaft (§ 62 JWG letzter Satz) die Erziehung des Kindes ausführen, §§ 62,69 Abs.1 JWG; d.h. das LJA übernimmt unter Beteiligung des Jugendamtes mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln für die Eltern die Erziehung, wobei die Durchführung der FEH "unter der Aufsicht des LJA in der Regel in einer geeigneten Familie oder in einem Heim" erfolgt, § 69 Abs.3 Satz 1 JWG. Daß das LJA unter Beteiligung des JA für die Eltern und an deren Stelle die Erziehung übernehmen soll, geht auch aus dem Wortsinn der FEH hervor, nachdem es sich um eine freiwillige Hilfe für die Eltern handelt, d.h. um ein Mandat des LJA im "Auftrag" der Eltern. - Wenn somit die Erziehungsbehörde auf diese Weise und unter diesen Voraussetzungen an die Stelle der Eltern treten soll, so müssen die Träger des natürlichen Personensorgerechts folgerichtig ihre Befugnisse der Ausübung nach auf diese Behörde übertragen.¹⁾ - Fraglich könnte sein, ob diese aus der Logik der Sache folgende Konstruktion rechtlich durchführbar ist, bzw. ob ein geeignetes Rechtsinstitut diese "Übertragung" ermöglicht.

IV. Ist die Übertragung der Ausübung von Personensorgebefugnissen und damit von Erziehungsbefugnissen von den Eltern auf die Erziehungsbehörde auf Grund einer öffentlich-rechtlichen Erziehungsvereinbarung (öffentlich-rechtlichen Vertrag) im Falle der Durchführung der FEH zulässig?

1. Die grundsätzliche Anwendbarkeit des Rechtsinstituts des öffentlich-rechtlichen Vertrags in der Hoheitsverwaltung

Innerhalb der älteren klassischen deutschen Verwaltungsrechtslehre nahm Otto Mayer²⁾ gegenüber der Rechtsform des öffentlich-rechtlichen Vertrags eine ausgesprochen negative Haltung ein, u.a. mit dem Hinweis auf die im Verwaltungsrecht

- 1) Wesensverschieden hiervon sind im schulischen Bereich die originären Rechte des Staates, die vom Grundgesetz selbst anerkannt werden. Über die Abgrenzung von diesem äußerlichen Rechtsinstitut siehe die Ausführungen auf S.77/78.
- 2) "Zur Lehre vom öffentlich-rechtlichen Verträge" in Arch.ö.R. Bd.3, 1808, Seite 1 ff; vgl. auch Lb., 3. Aufl., Bd.1, S.101 i.V. mit Fußnote 11.

noch bestehende Ungleichheit der Rechtssubjekte von Staat und Bürger. Diese Lehre erkannte in der Hoheitsverwaltung im Gegensatz zum Privatrecht keine echten Verträge an, sondern nur hoheitliche Entscheidungen für den Einzelfall, also Verwaltungsakte, die mit oder ohne Zustimmung des Betroffenen ergehen konnten.¹⁾

Die Zurückweisung der Vertragsform im öffentlichen Recht blieb jedoch nicht unwidersprochen. Als ältere Autoren sind hier besonders Apelt²⁾ und Layer³⁾ zu nennen, die mit grundlegenden Abhandlungen über den verwaltungsrechtlichen Vertrag im ersten Weltkrieg hervortraten und an zahlreichen Fällen aus der Praxis und der Gesetzgebung nachwiesen, daß auch öffentlich-rechtliche Materien durch Verträge geregelt werden konnten.

Trotz einer immer weiterschreitenden Reform und fortschreitender Erkenntnisse der Rechtslehre auf diesem wichtigen Gebiet gelangte die Rechtsform des öffentlich-rechtlichen Vertrages nicht zu einheitlicher Anerkennung. So wies Fleiner⁴⁾ auf die Unterworfenheit sowohl des Bürgers als auch der Verwaltung unter das Gesetz hin, begründete so die von O.Mayer aaO. für erforderlich gehaltene Gleichheit für den Vertragsabschluß und stellte fest, daß deshalb der Staat ebenso an ein gegebenes Versprechen gebunden sei, wie der "Untertan". Peters⁵⁾ hob die öffentlich-rechtliche Verpflichtungsfähigkeit des Staates hervor, und W.Jellinek⁶⁾ bezeichnete den Anstaltsnutzungsvertrag zwischen dem Privatmann und dem Träger der öffentlichen Gewalt als wirk-

-
- 1) O.Mayer stellte aaO., S.23, fest: "Der ö.-r. Vertrag, contrat administratif, ist von seiten des Staates ein Verwaltungsakt."
 - 2) W.Apelt, "Der verwaltungsrechtliche Vertrag", geht jedoch noch davon aus (S.43), daß im Verwaltungsrecht übereinstimmende Willenserklärungen gegenseitige Rechte und Pflichten nur dann bindend begründen können, wenn sie unter einem Rechtssatz stehen, der diese Bindung von der Rechtsordnung statuiert. Weil es hierfür an klaren Rechtsnormen fehle, bestehe für die juristische Konstruktion dieses Rechtsinstituts besondere Schwierigkeit.
 - 3) "Zur Lehre vom ö.-r. Vertrag", eine Studie aus dem Jahre 1916, vgl. auch W.Burckhardt, "Der Vertrag im Privatrecht und im öffentl. Recht", 1924, sowie den ausführlichen Beitrag von Kelsen, "Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft" in Arch. ö.R. 1913, Bd.31, S.53 ff und 190 ff.
 - 4) Inst., 8.Aufl., S.211.
 - 5) Lb., S.155.
 - 6) Verwaltungsrecht, 3.Aufl., S.253.

lichen öffentlich-rechtlichen Vertrag, bei dem die obrigkeitliche Natur des zweiten Vertragsteils ganz zurücktrete. Dabei wurde auch die Forderung, daß ein öffentlich-rechtlicher Vertrag nur auf Grund besonderer gesetzlicher Ermächtigung abgeschlossen werden könne, preisgegeben.¹⁾

Nach 1945 wurde dieses Rechtsinstitut im Schrifttum²⁾ und in der Rechtsprechung³⁾ neu belebt und anerkannt. Auf die Fülle der Bei-

- 1) so schon Peters, Lb., S.154,155: "Solche Vereinbarungen sind auch dort zulässig, wo die Gesetze nichts bestimmen; die Behörde bindet sich hierin freiwillig im öfftl. Interesse."
- 2) Hier müssen besonders erwähnt werden: Forsthoff, Lb., 8. Aufl., S.250 ff; Wolff, Lb.I, 5. Aufl., § 44 I b); J. Salzwedel, "Die Grenzen der Zulässigkeit des ö.-r. Vertrages", 1958, S.1 ff; E. Stein, "Der Verfallungsvertrag und die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung" in: Arch.ö.R. 1961 Bd.86, S.320 ff; Oeschger: "Zur Lehre vom ö.-r. Vertrag", 1954; K. Stern, "Zur Grundlegung einer Lehre des ö.-r. Vertrages", in: Verw. Arch. 1958, Bd.49, S.106 ff; Eyermann-Fröhler Komm.z.VwGO, 3. Aufl., § 40 Anm.10; Hildeg. Krüger, in DVBl. 61, S.60. - Auch die schweizerische Verwaltungslehre hat sich hier sehr verdient gemacht; besondere Bedeutung hat hier die Festgabe von Burckhardt, "Der Vertrag im Privatrecht und im öfftl. Recht; 1924, S.68 ff; und die Monographie von M. Imboden, "Der verwaltungsrechtliche Vertrag", Basel 1958.
- 3) In dem Urteil des BVerwG v. 24.10.1956 (DVBl. 1957, 721 ff = BVerwGE 4, 111 = NJW 1957, 555) wird der Ansicht Forsthoffs (Lb. I, 6. Aufl., § 14 Abs.1) zum ö.-r. Vertrag im wesentlichen beigegeben. Die zentrale Frage in den Urteilsgründen war, ob eine gesetzliche Regelung einer Materie noch Raum für Vereinbarungen zwischen der Verwaltung und dem Einzelnen zuläßt. Aus Art. 20 Abs.3 GG (Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung) wird gefolgert, daß für die modifizierende Vereinbarung außerhalb der durch Gesetz festgelegten Grenzen kein Platz mehr verbleibt, es sei denn, daß das Gesetz einen entsprechenden Vorbehalt enthielte. Forsthoff hielt in der Anm. zu dem Urteil (DVBl. 57, 324), obwohl er ihm im Erg. beipflichtet, die Ansicht des Gerichts für zu eng. Zu Recht ist er nicht davon überzeugt, daß von der gesetzlichen Regelung abweichende Vereinbarungen generell unzulässig seien. Es bliebe noch "Raum für vereinbarliche, vom Gesetz abweichende Regelungen im Einzelfall", wenn auch erheblich verengt. - Vgl. auch die Entscheidung des BVerwG v. 15.1.1960 (in DVBl. 1960, S.284) über den Vergleich im verwaltungsgerichtlichen Anfechtungssachen; hier interessiert nur die sachlich-rechtliche Bedeutung; ferner die Entsch. des BGH v. 25.IV.1960 (in BGHZ 32, 214) über die Ablösung der Garagenpflicht durch Abstandsanzahlung. Schon früher, um die Jahrhundertwende, sind diesbezügliche Entscheidungen ergangen; so des BayVGH vom 3.III.1885 (in Bay VGHE 6, 87) über vertragliche Befreiung vom Brückenzoll; des PrOVG v. 10.II.1891 (in Pr.OVG 20, 239) über Wegeunterhaltungspflicht; des Sächs.OVG v. 4.III.1913 (in: Sächs.OVG 20, 211) über Anliegerbeiträge; des RG v. 13.III.1925 (in: RGZ 110, 293) über Ruhegehalt.

träge und Argumente über die Zulässigkeit und die Rechtsgrundlage des öffentlich-rechtlichen Vertrages einzugehen, würde hier zu weit führen. Hinsichtlich der übrigen Rechtsprechung, die in zahlreichen Gerichtsentscheidungen die Anerkennung dieser Verträge zum Ausdruck gebracht hat, muß auf die Darstellung der Rechtsfälle bei Bullinger¹⁾ verwiesen werden.

2. Im vorliegenden Fall stellt sich nach der Hervorhebung einer allgemeinen und grundsätzlichen Anerkennung des öffentlich-rechtlichen Vertrages nun die Frage der Zulässigkeit dieses Rechtsinstituts im Raume der FEH.

Zur klaren Begriffsbestimmung des hier in Frage stehenden Rechtsinstituts des öffentlich-rechtlichen Vertrags bedarf es der Feststellung, daß der von W.Jellinek geprägte Begriff des "Zweiseitigen Verwaltungsaktes" hier nicht gemeint ist.

Bei diesem von W.Jellinek zunächst in der Festgabe für das Preuß. OVG²⁾ entwickelten und dann in das Lehrbuch des Verwaltungsrechts³⁾ übernommenen Begriff besteht die Gefahr, daß er mit dem öffentlich-rechtlichen Vertrag in einem Atemzug genannt und sogar gleichgesetzt wird. - Jellinek selbst bezeichnet manche Rechtsverhältnisse, die sich als öffentlich-rechtlicher Vertrag darstellen, mit dem Begriff "Zweiseitiger Verwaltungsakt"⁴⁾. Dies erklärt er damit, daß es staatliche Akte gebe, die weder Verwaltungsakte auf Unterwerfung seien, noch, nach seiner Meinung, Verträge, "weil der staatliche Wille irgendwie überwiegt". Damit wird das Gebiet des öffentlich-rechtlichen Vertrags, aus der heutigen Sicht gesehen, zu eng gefaßt. - Es kann Jellinek daher nicht gefolgt werden, wenn er ein Rechtsverhältnis zwischen Bürger und Staat als "zweiseitigen Verwaltungsakt" bezeichnet, wenn das Gesetz "von einem Verträge, von einer Vereinbarung spricht"⁵⁾. Mit Forsthoff⁶⁾ ist davon auszugehen, daß der Verwaltungsakt die mehrseitige, einvernehmliche Regelung von Verhältnissen des öffent-

1) "Vertrag und VA", S.50.

2) W.Jellinek, "Zweiseitiger Verwaltungsakt und Verwaltungsakt auf Unterwerfung" in: Festgabe zur Feier des 50jähr.Bestehens des Preuß.OVG 1925, S.84 ff.

3) Lb.des Verwaltungsrechts, 3.Aufl., S.252 ff.

4) Lb., 3.Aufl., S.252,253.

5) in: "Zweis.VA und VA auf Unterw." aaO., S.111.

6) Lb., 7.Aufl., S.183.

lichen Rechts nicht in sich begreift" und daß der öffentlich-rechtliche Vertrag kein Verwaltungsakt ist. - Damit erscheint eine klare begriffliche Bestimmung als Voraussetzung für die folgenden Untersuchungen gegeben.

- a) Die Entbehrlichkeit einer speziellen Rechtslage bzw. gesetzlichen Ermächtigung, für eine Erziehungsvereinbarung in Gestalt eines öffentlich-rechtlichen Vertrages bei der FEH

Im Abschnitt VI des JWG unter Ziff.2 (= §§ 62 ff JWG) findet sich keine ausdrückliche Ermächtigung für den Abschluß eines öffentlich-rechtlichen Vertrages zur Durchführung der FEH.

Nach der Lehrmeinung von Stern¹⁾, der sich für eine strenge Bindung der Verwaltung an das Gesetz ausspricht, kann sich der apriorische Vertrag wegen der Rechtssatzgebundenheit der Verwaltung nur dann durchsetzen, wenn er von der Rechtsordnung zugelassen ist.²⁾ - Diese Rechtsauffassung ist von durchgreifender rechtsstaatlicher Konsequenz und läßt im Koordinationsverhältnis von Bürger und Staat als Rechtsgrundlage nur Dispositivnormen in Betracht kommen; darüber hinaus erhebt sie die Forderung nach einer ausdrücklichen gesetzlichen Ermächtigung im Subordinationsverhältnis.³⁾

Die Gewährung von FEH erfolgt, wie oben dargestellt wurde, nicht in obrigkeitlicher Form, wie dies z.B. in der Regel im Verhältnis von Finanzamt zum Steuerpflichtigen (Steuerbescheid) der Fall ist, sondern im Koordinationsverhältnis. Dabei könnte auch nach der Auffassung Sterns, wenn auch mit Mühe, unter Zuhilfenahme des § 74 Abs.1 JWG, der das Nähere über die Ausführung der FEH der Regelung durch den Landesgesetzgeber überläßt, zu einer Vereinbarungsbefugnis von Erziehungsbehörde und Eltern gelangt werden. - Aber die Auffassung von Stern ist durchaus nicht zur herrschenden Meinung geworden. Diese bewegt sich vielmehr zwischen den beiden Antipoden, deren einer die bedingungslose Unterordnung des öffentlich-rechtlichen Vertrages unter das Gesetz fordert (Stern aaO.) und deren anderer - Eyermann-Fröhler⁴⁾ - den

1)"Zur Grundlegung einer Lehre des öffentlich-rechtlichen Vertrages " in Verw.Arch.1958,Bd.49,S.106 ff.

2) aaO., S.131 ff.

3) aaO., S.137 ff.

4) Komm. z. VwGO, 3.Aufl., § 40, Anm.10 ff.

öffentlich-rechtlichen Vertrag, der keiner gesetzlichen Grundlage bedürfe, dem Verwaltungsakt vorzuziehen, weil letzterer als "letzter Ausweg" zu bezeichnen sei.

Auf der Basis der allgemeinen Rechtsprinzipien wie "pacta sunt servanda"¹⁾ und "Treu und Glauben" wird der öffentlich-rechtliche Vertrag, sofern nicht zwingende Gesetzesvorschriften oder Rechtsgrundsätze entgegenstehen, auch praeter legem allgemein zugelassen. Wenn auch bei den einzelnen Autoren noch Meinungsverschiedenheiten hinsichtlich des Ausmaßes der Möglichkeiten des öffentlich-rechtlichen Vertrags bestehen, so kann doch gesagt werden, daß u.a. Forsthoff²⁾, Wolff³⁾, Peters⁴⁾, Nebinger⁵⁾, Hauelsen⁶⁾, Eyermann-Fröhler⁷⁾ und wohl auch Apelt⁸⁾ im Grundsätzlichen die bedingungslose Bindung des Positivismus, der nur das normativ ausgewiesene Recht anerkannte, überwunden haben. Nach Forsthoff⁹⁾ ist die Entwicklung zu Recht geschehen, "denn gerade im Verwaltungsrecht mußte er sich (Positivismus) eigentümlich deplaziert ausnehmen ..." Das Prinzip der "Gesetzmäßigkeit der Verwaltung" steht dem öffentlich-rechtlichen Vertrag nicht entgegen, weil die vollziehende Funktion an "Gesetz und Recht" gebunden ist (Art. 20 Abs. 3 GG) und solches Recht auch auf Vertrag beruhen kann. - Damit erscheint die allgemeine Rechtsbasis für den öffentlich-rechtlichen Vertrag im vorliegenden Fall hinreichend gesichert.

b) Würde die Annahme eines öffentlich-rechtlichen Vertrages zur Durchführung der FEH die rechtlichen Schranken übersteigen, die sich aus Gesetzesvorschriften und Verfassungsgrundsätzen ergeben könnten?

4) Im Anschluß an Forsthoff¹⁰⁾ haben sich Hauelsen¹¹⁾ und die Rechtssprechung des BVerwG¹²⁾ sowie das OVG Münster¹³⁾ für die Unzulässigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages da ausgesprochen, wo der Vertrag eine Verwaltungsangelegenheit, zu

1) siehe Forsthoff, Lb., 7. Aufl., S. 253.

2) Lb., 7. Aufl., § 14, bes. S. 252, 253.

3) Lb. I, 4. Aufl., § 44 I = S. 232: "Subordinationsverträge sind auch ohne gesetzl. Ermächtigung zulässig". Wolff bezeichnet alle Verträge zwischen Trägern öffentl. Verwaltung u. Zivilpersonen als subordinationsrechtl. Verträge - bedenklich, weil diese auf einigen Gebieten auch gleichberechtigt nebeneinanderstehen können, d.h. hinsichtlich des Gegenstandes gleichgeordnet sind.

4) Lb., 1949, S. 154 ff.; auf den in diesem Zusammenhang schon oben hingewiesen wurde.

5) Lb., 1. Aufl., S. 241.

6) "Verwaltung und Bürger" in DVBl. 1961, S. 833 ff. hält die koordinationsrechtlichen ö.-r. Verträge ohne gesetzliche Vorschrift für unbestritten, S. 836 li. Sp.

7) Komm. z. VwGO, 3. Aufl., § 40, Anm. 10 ff.

8) "Der verwaltungsrechtl. Vertrag", S. 43 ff.

9) Lb. 7. Aufl., S. 253.

10) aaO., S. 254.

11) in DVBl. 1961, S. 835. 12) u.a. v. 24. X. 1956 in BVerwGE 4, 111.

13) v. 21. VI. 1960 in DÖV 1960, 798.

deren Erledigung der Behörde durch Gesetz typischerweise Hoheitsbefugnisse eingeräumt wurden, anders als mit solchen Mitteln regeln will¹⁾.

Die Regelung der Durchführung der FEH wird vom JWG nicht mit typisch hoheitlichen Befugnissen wie bei der FE vorgeschrieben. Der Ausführungsbehörde werden auch nicht einseitige, eine Alternative ausschließende Hoheitsbefugnisse vorgeschrieben. Die Beteiligten sind vielmehr einander gleichgeordnet und bleiben es auch während der Ausführung der FEH u.a. wegen des jederzeitigen Widerrufsrechts der Personensorgeberechtigten nach § 75 Abs.3 JWG; wenn auch ein Widerrufsrecht oder ein Kündigungsrecht **allein** noch nicht eine Gleichordnung begründet, wie das Beamtenverhältnis zeigt, so gibt doch das Recht nach § 75 Abs.3 JWG den Personensorgeberechtigten eine derart weitgehende Gestaltungsbefugnis, daß der Bestand des Rechtsverhältnisses und die Art der weiteren Durchführung allein von ihrer Willensentschließung abhängt, auch wenn das Landesjugendamt die Fortführung der Hilfsmaßnahme für angezeigt halten sollte. Die Beteiligten stehen sich also nicht, wie schon wiederholt dargelegt, im Verhältnis der Über- und Unterordnung gegenüber. Wenn in § 71 Abs.1 Satz 1 JWG nach Überwiegender Meinung²⁾ sowohl für die FE als auch für FEH das Recht des LJA zur Bestimmung des Aufenthalts des Minderjährigen normiert ist, so kann diese Ausnahmenvorschrift - für die FEH ist hier der einzige Fall eines gesetzlich bestimmten Personensorgerechts zugunsten der Erziehungsbehörde festgelegt - nicht als typisch für die FEH betrachtet werden. Darüber hinaus

-
- 1) Forsthoff, aaO., S.254: "Wo das Gesetz die Behörden mit hoheitl. Befugnissen zur Erfüllung ihrer typischen Aufgaben ausgestattet hat, erheben sich Bedenken dagegen, es ihrer Entscheidung zu überlassen, ob sie von diesen Befugnissen Gebrauch machen oder den Weg der vertraglichen Anbahnung des angestrebten Erfolgs einschlagen wollen. Das hoheitliche Befugnisse regelnde Gesetz ist nicht nur in dem Sinne zwingend ...".
- 2) so Jans-Happe, Komm.z. JWG 1963, § 71 Anm.2; Riedel, 3. Aufl., § 71, Bem.2; Gräber, 2. Aufl., § 71, Bem.3; Beuermann in: Unsere Jugend 1963, S.291/92. Nach Krug, Komm.z. JWG, § 71, Ziff.2 gilt § 71 Abs.1 Satz 1 JWG nur für den Fall der Anordnung der FE, nicht aber auch bei der Gewährung der FEH, ebenso Staudinger-Göppinger zu § 1666 Anhang, Rdnr.160, der hier in Widerspruch steht zu seinen Ausführungen im Anhang zu § 1666 unter Rdnr.502.

trägt dieses "Recht" nicht den gleichen Charakter wie bei der hoheitlichen und obrigkeitlichen Maßnahme der FE. In dem Über-einkommen zur Durchführung von FEH ist das Einverständnis zur Übertragung der Ausübung des Aufenthaltsbestimmungsrechts zu sehen, so daß bei der späteren Ausübung desselben durch die Behörde kein originäres Recht ausgeübt wird und damit auch keine obrigkeitliche Beschränkung eines Elternteils gegeben ist, wie im Fall der FE. Daß der Behörde in diesem Fall nicht ein-seitige, typisch obrigkeitliche Befugnisse eingeräumt werden, geht auch daraus hervor, daß das "Recht" der Erziehungsbehörde nach § 71 Abs.1 Satz 1 JWG vom Willen der Personensorgeberech-tigten abhängt, denn diese können (nach § 75 Abs.3 JWG) von ihrem Recht, die Aufhebung der FEH zu begehren, jederzeit Ge-brauch machen und damit auch von ihrem Aufenthaltsbestimmungs-recht. - Die Abhängigkeit der Durchführung der FEH von dem Wider-rufsrecht der Personensorgeberechtigten nach § 75 Abs.3 JWG, das gleichsam als auflösende Bedingung der FEH betrachtet werden kann, läßt erkennen, wie unterschiedlich die Stellung des LJA nach § 71 Abs.1 Satz 1 JWG im Falle der FE einerseits und der FEH andererseits ist. Weil die Personensorgeberechtigten von der Rechtsbefugnis des § 75 Abs.3 JWG zu jeder Zeit Gebrauch machen können, verbleibt ihnen damit im Ergebnis die Disposition über den Aufenthalt des Minderjährigen. Daraus folgt, daß ihnen das Recht zur Bestimmung des Aufenthalts durch § 71 Abs.1 Satz 1 JWG im Grunde nicht genommen werden kann. Wenn ihnen durch § 71 Abs.1 Satz 1 JWG das Aufenthaltsbestimmungsrecht nicht genommen werden kann - wegen § 75 Abs.3 JWG -, so kann auch ein originäres Recht des LJA wie im Falle der FE nicht entstehen, denn das Nebeneinanderbestehen zweier derartiger Rechte wäre sinnwidrig. Die Vorschrift des § 71 Abs.1 Satz 1 JWG muß demzufolge für die FEH dahingehend interpretiert werden, daß dem LJA mit dem Ein-verständnis der Personensorgeberechtigten zur Durchführung der FEH das Aufenthaltsbestimmungsrecht der Personensorgeberechtigten auflösend bedingt der Ausübung nach übertragen wird. Es handelt sich somit im Falle der FEH bei § 71 Abs.1 Satz 1 JWG nicht um einseitige, typisch obrigkeitliche Befugnisse des LJA als Aus-führungsbehörde. Daher steht auch die Auffassung Nebingers¹⁾

1) Lb., 1.Aufl., S.239,240.

nicht entgegen, der einen Vertrag nicht zuläßt, der eine zukünftige Hoheitsentscheidung binden könnte oder Hoheitsrechte beeinträchtigen würde.- Nach Eyermann-Fröhler¹⁾ und Stein²⁾, die dem öffentlich-rechtlichen Vertrag vor dem Verwaltungsakt den Vorzug geben, würden hier keine Einwendungen zu machen sein.³⁾

Im Ergebnis kann festgestellt werden, daß sich in Anwendung der oben dargelegten engeren Rechtsauffassung über den öffentlich-rechtlichen Vertrag⁴⁾ aus den Gesetzesvorschriften des JWG keine rechtlichen Schranken für die Verwendung eines öffentlich-rechtlichen Vertrages zur Durchführung der FEH ergeben.

ß) Können sich aus dem verfassungsrechtlichen Gleichheitsgrundsatz allgemein Zulässigkeitschranken für den öffentlich-rechtlichen Vertrag im vorliegenden Fall ergeben?

Der verfassungsmäßige Grundsatz der Gleichheit in Art.3 Abs.1 GG ist unlösbar mit der Idee der Gerechtigkeit verknüpft. Er verbietet sowohl eine willkürliche Differenzierung gleicher wie eine willkürliche Gleichbehandlung ungleicher Tatbestände. Das BVerfG⁵⁾ hat den Gleichheitssatz des Art.3 Abs.1 GG, der auch die Verwaltung bindet, Art.1 Abs.3 GG, dahin definiert, daß er verbietet, daß wesentlich Gleiches ungleich, nicht dagegen, daß wesentlich Ungleiches entsprechend der Ungleichheit ungleich behandelt wird. So könnten sich Grenzen für die Zulässigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages im Rahmen der FEH nur da auftun, wo eine willkürliche Differenzierung im wesentlichen gleicher Tatbestände erfolgt. Der öffentlich-rechtliche Vertrag als solcher kann nicht schon deshalb im Konflikt mit dem Gleichheitsgrundsatz stehen, weil er eine individuelle Sonderregelung trifft⁶⁾. Allerdings liegt gerade auf dem Gebiete der Jugendhilfemaßnahmen ein Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung nahe, da eine diesbezügliche Vereinbarung (in Gestalt eines öffentlich-rechtlichen Vertrages) oft nur auf Grund

1) Komm.z.VwGO, 3.Aufl., § 40, Anm.10 ff.

2) in dem zit. Beitrag in Arch.ö.R.1961 Bd.86, S.320 ff.

3) Peters (Lb.1949, S.154) hat noch weitergehend "eine vertragliche Bindung zukünftiger Hoheitsentscheidungen in bestimmten Fällen nichts einzuwenden.

4) repräsentiert u.a.durch Forsthoff, aaO.

5) BVerfG v.12.X.1951 in BVerfGE 1, S.16 Leitsatz 18.

6) vgl.hierzu Bullinger "Vertrag"...S.46; Imboden, "Der verwaltungsrechtl.V.", S.66,67, bes.S.76,85; allgemeiner Forsthoff, Lb., 7.Aufl., S.252

wechselseitiger Zugeständnisse über die Art und den Umfang der Hilfemaßnahmen möglich ist. Erziehungshilfemaßnahmen erfordern nämlich von Fall zu Fall eine Differenzierung der anzuwendenden Mittel. An ihre Stelle kann wegen der Verschiedenheit der einzelnen Erziehungssituationen eine gleichheitliche stereotype Regelung nicht treten. Deshalb kann von einer Privilegierung grundsätzlich nicht gesprochen werden, wenn wegen der Natur der zu erfüllenden Aufgabe eine spezielle vertragliche Regelung an die Stelle einer allgemeinverbindlichen Bestimmung tritt. - Daher können sich die Eltern bzw. die Personensorgeberechtigten, die glauben, von dem öffentlich-rechtlichen Vertrag innerhalb dieser Grenzen nachteilig betroffen zu sein, insofern nicht darauf berufen, daß in ihrem Fall gegen den Gleichheitsgrundsatz verstoßen sei. Sie hatten die rechtliche und tatsächliche Möglichkeit, die Vereinbarung über die öffentliche Erziehung in der FEH mit zugestalten.¹⁾ - Nur dann, wenn der nichtthoheitliche Partner begründet dartut, daß die Erziehungsbehörde gegen das Willkürverbot verstoßen habe und somit trotz der naturgegebenen Differenziertheit der öffentlichen Jugendhilfemaßnahmen den Gleichheitsgrundsatz in der FEH verletzt habe²⁾, muß der öffentlich-rechtliche Vertrag zur Durchführung der FEH als unzulässig betrachtet werden.

Zusammenfassend kann demnach festgestellt werden, daß sich aus dem Gleichheitsgrundsatz nun sehr weitgezogene Grenzen für die Zulässigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrags im Raume der FEH ergeben.

3. Die gesetzlichen Normen über die FEH als vertragsoffene Materie mit "vertragsforderndem" Charakter.

a) In der Literatur wurde vor Inkrafttreten der Novelle 1961 zum JWG besonders von Lücken³⁾ geltend gemacht, daß für die FEH kein Anlaß bestehe, einen öffentlich-rechtlichen Vertrag anzunehmen.

1) Über die rechtlichen Möglichkeiten der Mitgestaltung vgl. besonders die Ausführungen im 3.Kap., C = S.124 ff.

2) siehe zum Thema der Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes die Begründung zu Leitsatz 18 der zit.Entsch. des BVerfG in BVerfGE 1, S.16,52.

3) in HdB. d.Heimerz., 11.Lief. 1961, S.1173, 1174; vgl. auch Reinartz daselbst S.1153, 1154.

Vielmehr werde der "mitwirkungsbedürftige Verwaltungsakt" der Rechtslage (vor der Novelle 1961) am ehesten gerecht. - Diese Ansicht wurde damit begründet, daß für die Behörde bei Durchführung der öffentlichen Erziehung als einer hoheitlichen Aufgabe der Verwaltungsakt als "adäquate Maßnahme" und nicht der öffentlich-rechtliche Vertrag, der die Ausnahme bilde, zur Verfügung stehe.

Unter Bezug auf Salzwedel¹⁾ wurde hervorgehoben, daß keine Gründe gegeben seien, "die ausnahmsweise den Verwaltungsakt durch einen öffentlich-rechtlichen Vertrag verdrängen können".²⁾ Als solche Gründe könnten einmal nur "Bedenken" bzgl. des zu begründenden Hoheitsverhältnisses in Betracht kommen. - Salzwedel³⁾ spricht von "Unklarheit der Beteiligten über die Sach- oder Rechtslage" und von "objektiver Ungewißheit" - und zum anderen dem Vorliegen einer "Austauschsituation"⁴⁾, die aber bei der Übernahme des Minderjährigen in die öffentliche Erziehung nicht gegeben sei.

Bevor auf diese Argumentation eingegangen wird, die auch nach der Neuregelung des VI. Abschnittes des JWG Beachtung verdient, muß zunächst festgestellt werden, daß dieser Ansicht insofern gefolgt wird, als die Entscheidung über die Gewährung der FEH, den Rechtscharakter eines Verwaltungsaktes trägt. Über diese Frage bestanden in den obigen Ausführungen unter II, III im Einklang mit der einheitlichen Auffassung in der zitierten Literatur keine Zweifel. - Eine andere Frage ist jedoch die rechtliche Qualifizierung des der Durchführung der FEH zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses, das geeignet ist, die Erziehungsbefugnisse der Erziehungsbehörde in anderer Weise hervortreten zu lassen, als dies bei der FE der Fall ist.

Diese Differenzierung von Einleitungsakt und Durchführungsverhältnis wird auf die im öffentlichen Recht geltende "Zweistufenlehre" zurückgeführt, auf deren ausdehnende Anwendung für den vorliegenden Fall jedoch erst später einzugehen ist (in diesem Kapitel unter VI.).

Zunächst soll versucht werden, an Hand der modernen Literatur über den öffentlich-rechtlichen Vertrag die oben genannten Be-

1) "Die Grenzen der Zulässigkeit ...", S.44,45.

2) Lücken, aaO., S.1174.

3) a.aO., S.45, oben.

4) Lücken, aaO., S.1174.

denken von Lücken gegen die Annahme eines öffentlich-rechtlichen Vertrags bei der FEH zu zerstreuen.

ℓ) Im Einklang mit Lücken¹⁾ wird davon ausgegangen, daß die Erziehungsbehörde bei der Ausführung von FEH hoheitliche Aufgaben erfüllt. Diese Aufgabenerfüllung erweist sich, wie oben ausgeführt, als sog. "schlichte Hoheitsverwaltung".

Die im neueren Schrifttum²⁾ getroffene Unterscheidung von "subordinationsrechtlichem" und "koordinationsrechtlichem" Verhältnis von Bürger und Administration hat wesentlich dazu beigetragen, daß im Koordinationsverhältnis von Bürger und Staat die allgemeine Zulässigkeit von Verträgen nahezu einstimmig³⁾ auch ohne ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung anerkannt wurde, es sei denn, daß zwingende Gesetzesvorschriften als Schranke entgegenstehen. Aus dieser Einsicht folgt, daß der Verwaltungsakt in diesem Raum nicht die einzige adäquate Maßnahme zur Regelung der öffentlich-rechtlichen Verhältnisse von Bürger und Staat darstellt. Vielmehr muß den modernen Bemühungen um den allmählichen Abbau obrigkeitlichen Verwaltungsdenkens nachgegangen werden, um wenigstens auf den vertragsfordernden Gebieten der schlichten Hoheitsverwaltung die Anwendung von Hoheitsakten i.S. von Verwaltungsakten möglichst weit zurückzudrängen. Hier, nicht im typisch subordinationsrechtlichen Verhältnis, muß der neueren Auffassung vom Verhältnis Staat - "Untertan" Rechnung getragen werden, und insofern muß der Ansicht von Eyermann-Fröhler⁴⁾ einschränkend zugestimmt werden, der die "Anwendung hoheitlicher Mittel möglichst als letzten Ausweg" vorsieht. Diese Auffassung kann jedoch nicht für die gesamte schlichte Hoheitsverwaltung Gültigkeit haben. Mitunter ist die Regelung durch Verwaltungsakt und nicht durch Vertrag geboten; so etwa im Recht der sozialen Sicherheit, wo die Leistungen weder von dem Vertragsantrag eines Berechtigten abhängen noch - aus Gründen der Gleichbehandlung - Sonderabmachungen unterliegen können.

Im Ergebnis steht auch die von Lücken⁴⁾ zitierte Rechtsauffassung von Salzwedel der Annahme eines öffentlich-rechtlichen Vertrages im Rahmen der FEH nicht entgegen, wenn davon ausgegangen wird, daß sich die Vertragspartner bei der Durchführung dieser Erziehungsmaßnahmen nicht im Über- und Unterordnungsverhältnis gegenüberstehen. Salzwedel⁶⁾ betrachtet m.E. den Abschluß eines

1) aaO., S.1174

2) siehe die eingehende Entwicklung bei Stern, "Zur Grundleg...." in: Verw.Arch.1958, Bd.49, S.106 ff; insbes.S.143 ff; vgl. auch Bullinger, "Vertrag und VA", S.44,45 und die dort zitierte Literatur hierüber.

3) siehe auch die Nachweise bei Bullinger, aaO., S.45

4) Komm.z.VwGO, 3.Aufl., § 40, Anm.10, 11, 12,

5) aaO., S.1174.

6) "Zulässigkeit...", S.44

öffentlich-rechtlichen Vertrages nur dann als Ausnahme, wenn der Hoheitsträger dem Bürger notwendig übergeordnet ist.- Wenn er dem an sich Gewaltunterworfenen wie im Falle der FEH gleichgeordnet gegenübersteht," dann handelt es sich um den Abschluß eines öffentlich-rechtlichen Vertrages..."¹⁾

β) Die von Lücken²⁾ für erforderlich gehaltene "Austauschsituation beim öffentlich-rechtlichen Vertrag wird bei Salzwedel³⁾ im Zusammenhang mit dem Austauschvertrag näher dahin definiert, daß "zumindest ein Vertragspartner eine Leistung öffentlich-rechtlichen Inhalts erbringt, um von dem anderen Vertragspartner eine bestimmte Gegenleistung zu erhalten, an der ein irgendwie geartetes Verwaltungsinteresse besteht."- Wenn die "Austauschsituation" von Lücken in diesem Sinne verstanden wird, so muß ihm in seiner Behauptung, eine solche fehle bei der FEH, im Ergebnis beigetreten werden, es sei denn, die Übertragung der Ausübung von Erziehungsrechten auf die Behörde geschieht deshalb, damit diese im Falle der FEH die ihr durch Gesetz auferlegte Pflicht zur Jugendhilfe wahrnehmen kann. Darin könnte mit Mühe eine Art "Austauschsituation" gesehen werden, die schließlich im Sinne von Lücken doch als Grund für einen öffentlich-rechtlichen Vertrag betrachtet werden könnte.

Aber das von Salzwedel aufgezeigte Schema, die öffentlich-rechtlichen Verträge in drei Gruppen, nämlich in Vergleichs-, Austausch- und Gesamtverträge einzuteilen, ist nicht erschöpfend. Die Interessenlagen, die dem öffentlich-rechtlichen Vertrag zugrundeliegen können, sind vielgestaltiger und lassen sich nicht nur unter Vergleichs-, Austausch- und Gesamtsaktslage subsumieren.⁴⁾ Hier müssen ergänzend besonders die verwaltungsrechtlichen Verträge im Bereiche der Daseinsvorsorge genannt werden, wie z.B. speziell die Anstaltsnutzungsverträge.⁵⁾ Im übrigen muß auch der Auffassung Salzwedels,⁶⁾ in einigen Fällen dem Vertrage selbst gegen

1) Salzwedel, aaO., S.43.

2) aaO., S.1174.

3) aaO., S.123.

4) vgl. die anders geartete Systematisierung der ö.-r.Verträge bei Imboden, "Der verwaltungsrechtl.Vertrag", S.126,127.

5) schon Jellinek, "Verwaltungsrecht", 3.Aufl., S.253 zählt diese Verträge zu den wirklichen ö.-r.Verträgen.

6) in: "Die Grenzen der Zulässigkeit...", S.125.

das Gesetz Geltung zu verschaffen, widersprochen werden. Es ist mit dem Verfassungsprinzip der Rechtsstaatlichkeit unvereinbar, daß den Verwaltungsinteressen eine solche Intensität beigemessen wird, "daß das in den Normen objektivierte Staatsinteresse ihnen (den Verwaltungsinteressen) weichen muß." ¹⁾

b) Der dispositive Charakter der die FEH im Abschnitt VI des JWG regelnden Gesetzesvorschriften geht besonders aus § 74 Abs. 1 und 2 JWG hervor.- Die durch Abs. 1 dieser Vorschrift geforderte landesrechtliche Regelung soll u.a. die Ausführung der FEH im Rahmen der §§ 69 bis 73 JWG, die schon wesentliche Teile des Ausführungsrechts der FEH festlegen, noch näher regeln.- Das ist auch erforderlich, denn die bundesrechtliche Regelung läßt wichtige Fragen, die im Verhältnis von Elternrechten und FEH entstehen, unbeantwortet.

Ein derartiger Mangel an bundeseinheitlicher Ausgestaltung läßt die Annahme zu, daß hier weitgehend Vereinbarungen der Sorge-rechtsträger mit der Behörde das Vakuum zu füllen haben, soweit die Landesausführungsgesetze noch Raum lassen und nicht entgegenstehen. Die Annahme, daß noch ein Vakuum zu füllen ist, wird auch nicht angesichts einzelner bisher erlassener Ausführungsgesetze verschiedener Bundesländer zum JWG verdrängt.- In dem Bremer Ausführungsgesetz v. 1. Juli 1962 ²⁾ wird in § 22 Abs. 1 für die öffentliche Erziehungshilfe die Befugnis der Behörde zur Entscheidung der Frage, ob Heim- oder Familienunterbringung erfolgen soll, eingeräumt. § 21, der die FEH betrifft, trägt die Überschrift: "Übergang der Aufsichts- und Erziehungsrechte"; die Frage, wie dieser Rechtsübergang erfolgt, wird jedoch nicht beantwortet. Die Formulierung dieser Vorschrift- "Übergang der Aufsichts- und Erziehungsrechte", "Wahrnehmung" der Rechte, "die der Personensorgeberechtigte dem Minderjährigen gegenüber hat"- läßt aber nicht den Schluß zu, daß hier eigene, originäre Rechte der Behörde vorliegen, bzw. zur Entstehung gelangt sind, was die in den obigen Ausführungen vertretene Auffassung bestätigt.

1) Salzwedel, aaO., S. 125

2) = Gesetz zur Ausführung des JWG i.d. Fass. v. 1. Juli 1962 (Brem. GBl. 1962, S. 165).

Zweifelhaft ist jedoch die Hamburger Regelung in § 5 des Hamb. AG zum JWG i.d. Fass. vom 22. Juni 1962¹⁾. Hier wird allgemein von einem öffentlichen Recht der Jugendbehörde - "unbeschadet des Erziehungsrechts der Eltern und der gesetzlichen Vertreter" - zur Erziehung derjenigen gesprochen, "die in ihren (der Jugendbehörde) Heimen oder unter ihrer Aufsicht in Heimen oder Familien untergebracht sind."

Klarer und unmißverständlicher ist die Niedersächsische Regelung²⁾ in § 24 Abs. 2 AGJWG, nach der das LJA "für die Dauer der FEH die Aufsichts- und Erziehungsrechte den Minderjährigen gegenüber in gleichem Umfange wie bei der FE ausübt." Wenn im übrigen dann auf die Ausführungsvorschriften der FE in den §§ 21-23 dieses Gesetzes verwiesen wird, so bliebe für eine öffentlich-rechtliche Erziehungsvereinbarung nur noch wenig Raum; und es liegt die Annahme nahe, daß der niedersächsische Gesetzgeber die FEH doch der FE hinsichtlich ihres Rechtsgrundes gleichgestellt hat. - Es muß bezweifelt werden, daß der niedersächsische und hamburgische Landesgesetzgeber die Rechtslage hinsichtlich der essentiellen Verschiedenheit von FEH und FE richtig erkannt hat.

Bei der Lektüre der Ausführungsgesetze anderer Bundesländer, wie NRW³⁾, Rheinland-Pfalz⁴⁾ und Schleswig-Holstein⁵⁾ entsteht dieser Eindruck nicht⁶⁾. - Der erst in jüngster Zeit ergangene Rund-erlaß des nordrhein-westfälischen Arbeits- und Sozialministers v. 10.4.1964⁷⁾ bezüglich der FEH schließt eine öffentlich-rechtliche Vereinbarung zur Durchführung der FEH zwischen den Eltern

- 1) Hamb. AG zum Ges. für Jugendwohlfahrt (AGJWG) i.d. Fass. des Ges. v. 22. Juni 1962 (Hamb. GVBl. I, S. 137).
- 2) Niedersächs. Ges. zur Ausführ. des Ges. für Jugendwohlfahrt v. 13. XII. 1962 (Ns. GVBl., S. 246).
- 3) Gesetz zur Ausführ. des Gesetzes für Jugendwohlfahrt i.d. Fass. v. 1. Juli 1965 (GV. NW. S. 248). § 36 AGJWG enthält eine ähnliche Bestimmung wie in § 21 des Brem. AGJWG. Nach § 37 Abs. 3 Satz 2 sollen für die FEH die Erziehungsmaßnahmen, soweit wie möglich, mit den Personensorgeberechtigten abgestimmt werden.
- 4) Erste Landesverordn. zur Durchführung des Landesgesetzes zur Ausführung des Reichsgesetzes für Jugendwohlfahrt vom 31. Okt. 1961 (GVBl. S. 265); nach § 1 Abs. 1 sind die Aufgaben der öffentl. Jugendhilfe vom JA (LJA) zu erledigen.
- 5) Gesetz zur Ausführung des Ges. für Jugendwohlfahrt (AG/JWG) v. 7. Juli 1962 (Schl. HGvBl. S. 277); in § 16 Abs. 5 ist bestimmt, daß der Kultusminister Richtlinien zur Durchführung der FEH und der FE erläßt, nach § 17 Abs. 2 wird die FEH unter Aufsicht des LJA durchgeführt.
- 6) vgl. auch AGJWG von Baden-Württemberg vom 9. Juli 1963 - GRl. S. 99 (§§ 19-21) und des Saarlandes vom 22. April 1964, Amtsbl. S. 389 (§5).
- 7) in Ministerialblatt für das Land Nordrhein-Westfalen, Ausgabe A 17. Jg., Nr. 56, S. 666 ff.

und der Ausführungsbehörde nicht aus. - Unter III, Ziff. 1-9 dieses Runderlasses, besonders in den Ziffern 6 und 7 ist von Ermächtigung zur Ausübung von Rechten die Rede und von der Erklärung, daß sich die Personensorgeberechtigten, "darüber im Klaren sind", daß das LJA die für die Durchführung der FEH erforderlichen Aufsichts- und Erziehungsbefugnisse "ausübt". Von eigenen Rechten der Behörde wird nichts gesagt. Im übrigen wird klargestellt, daß die Ausführungsbehörde Aufsichts- und Erziehungsrechte wahrnimmt, die den Personensorgeberechtigten gegenüber dem Minderjährigen zustehen (IV, 2 des Rderl.vom 10.4.64).

Somit bleibt die Feststellung, daß angesichts sowohl des Bundesrechts in den §§ 69-73 JWG - das nur einen Teil des Ausführungsvorgangs der FEH festlegt - als auch der einzelnen Landesausführungsgesetze ein erheblicher Spielraum für eine öffentlich-rechtliche Vereinbarung für die Durchführung der FEH bleibt. - Das Bundesrecht und die meisten entsprechenden Landesausführungsgesetze haben dispositiven Charakter, d.h. sie geben die Möglichkeit ausfüllender Einzelregelungen durch Vereinbarungen¹⁾. - Es handelt sich demnach bei den die FEH regelnden Vorschriften um einen Bereich, der ein Sondergebiet darstellt, das sich der "Tendenz zu konsequenter Durchnormierung" zu entziehen vermochte²⁾, mit den Worten von Bullinger ausgedrückt um eine, wenn auch landesrechtlich divergierende, "vertragsoffene Materie", die gerade wegen der naturgegebenen Verschiedenheit der Erziehungssituationen und wegen der unvergleichlich größeren Einwirkungsmöglichkeit der Sorgeberechtigten - z.B. Widerrufsrecht nach § 75 Abs.3 JWG - sogar vertragsfordernden³⁾ Charakter besitzt.

1) Im Hinblick auf die aufgezeigte Niedersächsische Ausführungsregelung ist jedoch fraglich, ob noch Raum zur Disposition bleibt. Dieser Gesetzgeber hat die wesensmäßigen Verschiedenheiten von FEH und FE wohl kaum beachtet, wenn er die FEH so nahe an die FE stellt. - Die einzige Möglichkeit, hier doch zum Abschluß eines ö.-r. Vertrages zu gelangen, wäre die, daß die Personensorgeberechtigten die Ausübung des Sorgerechts - abgesehen von der gesetzlichen Vertretung in Personen- und Vermögenssachen - in einem derart weitgehenden Umfange übertragen, daß ihnen nur die Rechte aus § 3 JWG - Bestimmung der Grundrichtung der Erziehung - verbleiben, wie das auch bei allen Jugendhilfemaßnahmen, so u.a. auch bei der FE der Fall ist.

2) zit. nach Imboden, "Der verwaltungsrechtl. Vertrag", S. 75, 76.

3) in Anlehnung an die "zum Vertragsschluß drängende Interessenslage" von Salzwedel: "Grenzen der Zulässigkeit...", S. 120.

Dieser Charakter erweist sich deutlich an dem Widerrufsrecht des § 75 Abs.3 JWG, denn die FE als obrigkeitliche Maßnahme kennt ein solches Recht der Personensorgeberechtigten nicht. Im Fall der FE als einer Maßnahme des Über- und Unterordnungsverhältnisses wäre ein Widerruf der vormundschaftsgerichtlich angeordneten Erziehungsmaßnahme durch die Personensorgeberechtigten rechtlich undenkbar. Der Widerruf eines öffentlich-rechtlichen Verhältnisses kann nur im Verhältnis der Koordination zulässig sein, d.h. dort, wo Raum für korrespektive Gestaltungsmaßnahmen gegeben ist. Gerade weil der FEH das Prinzip der Mitgestaltung wesensmäßig innewohnt, wird den Personensorgeberechtigten die so weitgehende Einwirkungsmöglichkeit des § 75 Abs.3 JWG gegeben. Dieses Widerrufsrecht spricht also nicht gegen die Annahme einer "vertragsoffenen" Materie im Raume der FEH.

4. Abschließende Betrachtung der Ausführungen unter IV, 1) - 3).

Wenn in den obigen Ausführungen die FEH, der ein obrigkeitlicher Zwang gegen die Eltern wesensfremd ist, unter den Begriff der "schlichten Hoheitsverwaltung" (wohl auch der "Daseinsvorsorge" bzw. der "sozialen Verwaltung") eingeordnet wurde und ihre Durchführung wegen des dispositiven Charakters ihrer Ausführungsbestimmungen durch Übertragung der Ausübung wesentlicher Bestandteile des Personensorgerechts auf Grund einer öffentlich-rechtlichen Erziehungsvereinbarung erfolgen kann, so wurde damit festgestellt, daß die Stellung der Erziehungsbehörde hier eine wesentlich andere ist wie bei der FE. - Zwar geben die Eltern bzw. die Personensorgeberechtigten das Kind in andere Hände, und der aufgenommene Jugendliche wird unter öffentlicher Aufsicht und mit Hilfe öffentlicher Mittel entsprechend seiner Anlage und den speziellen erzieherischen Bedürfnissen erzogen, womit er der Erziehungsgewalt der Erziehungsbehörde bzw. der von ihr beauftragten Erzieher unterliegt, die elterliche Gewalt wird aber ihrem Grunde nach dadurch nicht geschmälert. Sie verbleibt in ihrer substantiellen Grundlage ihren Inhabern, die aus freien Stücken, weil sie den erzieherischen Anforderungen nicht mehr gewachsen waren, nur die Ausübung der Rechte auf jederzeitigen Widerruf vertraglich übertragen haben und in der Ausübung bis zu ihrem Widerruf nur insoweit gehindert sind, als sie eine Übertragung überhaupt vorgenommen haben. Insofern wird die Ausübbarkeit des

Erziehungsrechts der Eltern für die Dauer der gewährten FEH geschnälert, denn es kann von den Eltern nicht gegen den Willen der Ausführungsbehörde ausgeübt werden.

Eine solche Übertragung, die gleichsam bewirkt, daß die Behörde an die Stelle der Eltern treten soll, läßt den öffentlich-rechtlichen Charakter des gesamten Rechtsverhältnisses unberührt.

Die Besonderheit der öffentlich-rechtlichen Erziehungsvereinbarung (als öffentlich-rechtlichen Vertrags) besteht gerade in der Gleichwertigkeit der beiderseitigen Willenserklärungen von Sorgeberechtigten und Erziehungsbehörde. Von einem Übergewicht der staatlichen Verwaltungstätigkeit kann nicht gesprochen werden. Insofern rückt das Rechtsverhältnis vergleichsweise so nahe an den privatrechtlichen Fremderziehungsvertrag heran, als welcher die FEH vor Inkrafttreten der bundeseinheitlichen Neuregelung nach der oben dargestellten wohl herrschenden Meinung¹⁾ verstanden wurde. - Insofern ist hier eine kontinuierliche Entwicklung gegeben, wenn die FEH hinsichtlich des Entstehungsgrundes der behördlichen Erziehungsbefugnisse in der dargestellten Weise klar von der FE unterschieden wird.

V. Kann ein Erziehungsrecht der Behörde als Recht der "öffentlichen Anstalt", und als "Anstaltsgewalt" über den Jugendlichen das Elternrecht grundsätzlich zurückdrängen?

Hier ist zu prüfen, ob Rechtsbeziehungen der öffentlichen Erziehungshilfe als einer "öffentlichen Anstalt" gegenüber dem entwicklungsgefährdeten bzw. entwicklungsgeschädigten Kinde dergestalt ausgeprägt sind, daß dadurch die Elternrechte eingeschränkt werden.

Marcus²⁾, der, von einer öffentlich-rechtlichen Grundlage der "freiwilligen-öffentlichen Erziehung" ausgehend, zu Unrecht zu dem Schluß gelangt, daß sich FEH und FE in ihrer Rechtsnatur nicht unterscheiden und der auch im Falle der "freiwilligen-öffentlichen Erziehung" ein selbständiges Erziehungsrecht der Behörde bejaht, sieht dieses Erziehungsrecht rechtlich als "Anstaltsgewalt" an und verweist in diesem Zusammenhang u.a. auf die Arbeit

1) vgl. 2. Kap. I = S. 35, Fußn. 1) u. 2), S. 36, Fußn. 1).

2) "Die freiw. öfftl. Erz.", Diss. 1951, S. 29.

von Wagner¹⁾. Beide Autoren geben jedoch nicht an, weshalb im Falle der öffentlichen Jugendhilfe eine Anstaltsgewalt über den Minderjährigen begründet wird, d.h. weshalb z.B. die FEH als "öffentliche Anstalt" i.S. des Verwaltungsrechts bezeichnet werden muß. Sie setzen es stillschweigend voraus.

Der neuere Rechtsbegriff der "öffentlichen Anstalt" deckt nämlich mehrere "in sich recht verschiedene Bedeutungsgehalte"²⁾, die nicht unbedeutenden Wandlungen unterworfen waren und in der Lehre³⁾ uneinheitlich definiert werden. Hierauf im Einzelnen einzugehen, würde den Rahmen des Themas sprengen.

Wenn der Anstaltsbegriff ganz allgemein, ohne Berücksichtigung der verschiedenen Arten, als Verbindung von sachlichen und persönlichen Unterlagen mit einer planmäßigen Tätigkeit zu einem unmittelbar öffentlichen, der Allgemeinheit dienenden, Zweck verstanden werden kann, so wird auch die FEH als öffentliche Maßnahme hierunter subsumiert werden können. Hierbei untersteht das Leistungsverhältnis der "Anstalt" zu ihrem Benutzer bzw. dessen gesetzlichem Vertreter dem öffentlichen Recht, und die Nutzung erfolgt durch öffentlich-rechtliche Zulassung.

Nach dem Anstaltszweck - Gewährung durch Durchführung der FEH nach freiwilliger Entschließung der Personensorgeberechtigten - ist der Umfang der sog. "Anstaltsgewalt" zu bemessen. Der auf Freiwilligkeit beruhenden Durchführung der "Anstalt" sind daher wegen der Zulässigkeit jederzeitigen Widerrufs durch die Personensorgeberechtigten enge Schranken gesetzt. Da wegen des Prinzips der Freiwilligkeit bei der FEH eine Benutzungspflicht nicht besteht, ist die rechtliche Regelung des Leistungsverhältnisses im Falle der FEH in bestimmten Grenzen freigestellt. Diese erfolgt durch öffentlich-rechtlichen "Anstaltsnutzungsvertrag", der das Ausmaß der Anstaltsgewalt bestimmt, der der entwicklungsgefährdete bzw. -geschädigte Jugendliche zur Sicherung und Gewährleistung des anstaltlichen Zweckes unterliegt.

1) in der zit.Diss., S.82 ff.

2) zit.nach Forsthoff Lb., 7.Aufl., S.433.

3) zum Begriff der "ö.Anstalt": Forsthoff Lb., 7.Aufl., S.433 ff.; v.Turegg-Kraus Lb., 4.Aufl., S.88 ff.; Wolff, Lb.II, 1962, S.255,256.

Hieraus wird ersichtlich, daß das Elternrecht durch das Recht der "öffentlichen Anstalt" im weitesten Sinn endgültig nicht zurückgedrängt wird: Einschränkungen in der Ausübung der Elternrechte ergeben sich jedoch aus dem Anstaltsnutzungsvertrag.

VI. Einleitung und Durchführung der FEH in zwei Stufen, durch entsprechende Anwendung der "Zweistufen-Theorie".

1. Die sogenannte "Zweistufenlehre" hat sich hauptsächlich auf dem Gebiet entwickelt, wo der Staat durch Hingabe öffentlicher Mittel an Private in Erfüllung sozialstaatlicher Pflichten tätig wurde, also hauptsächlich auf dem Gebiet der Subventionsverhältnisse von Staat und Bürger.

In diesem Bereich wurde das zweistufige Verfahren dergestalt angewendet, daß durch einen öffentlich-rechtlichen, hoheitlichen Bewilligungsbescheid in Form eines Verwaltungsaktes (1.Stufe) allgemein die Frage entschieden wurde, "ob" z.B. ein Darlehen aus öffentlicher Hand zu gewähren sei. - Im zweiten Verfahrenabschnitt wurde durch den Abschluß eines Vertrages (2.Stufe) zwischen Bürger und Staat über das "Wie" (z.B.) des Darlehensgeschäfts Bestimmung getroffen (Zweck, Konditionen, Rückzahlungsmodus).

Diese Zweistufenlehre erreichte also eine klare Unterscheidung zwischen einleitendem, begründendem Verwaltungsakt - bei dem unter rein öffentlich-rechtlichen Gesichtspunkten darüber befunden wird, ob ein Vertragsverhältnis abzuschließen ist, und der Verwaltungsakt nur auf verwaltungsgerichtlichem Wege anfechtbar ist - und dem abzuschließenden privatrechtlichen Vertrag. Eine solche Konstruktion ist von der Verwaltungsrechtsprechung zunächst abgelehnt worden¹⁾, aber doch schließlich in einem Urteil des BVerwG v.23.7.1958²⁾ anerkannt worden. - In der Literatur waren es hauptsächlich E.R.Huber³⁾ und vornehmlich H.P.Ipsen⁴⁾, die

1) vgl. z.B. OVG Lüneburg v.28.II.1952 in DÖV 1953, S.220 = DVBl. 1953, S.382; Nr.154; OVG Münster v.18.IX.1952 in DVBl. 1953, S.311.

2) in DÖV 1959, S.107 ff; vgl. schon BVerwG v.12.1.1955 in NJW 1955, S.43 ff.

3) "Beliehene Verbände - Ein Beitrag zu den Wirtschaftsformen des Wirtschaftsverwaltungsrechts" in DVBl. 1952, Bd.67, S.459 (V).

4) "Öffentliche Subventionierung Privater", insbes. S.59 ff, 66 ff; derselbe in: "Rechtsfragen der Investitionshilfe" in Arch. ö.R. 1953, Bd.78, S.292, 293.

diesen Weg beschritten, der schließlich wegen der sauberen Unterscheidung von hoheitlichem Vorgehen und privatrechtlicher, vertraglicher Betätigung und der jeweils damit verbundenen Rechtsschutzmöglichkeiten weite Verbreitung fand.¹⁾

2. Ob die sogenannte "Zweistufenlehre" in der Form ausdehnender Anwendung auf den rechtsähnlichen Fall der FEH übertragen werden kann, hängt davon ab, ob eine gemeinsame Interessenlage zwischen den typischen Fällen dieser Lehre und der FEH gegeben ist.

Im Bereich der FEH stellt sich ebenfalls zunächst für die Verwaltung (in der Regel das LJA) die Frage der Gewährung oder Nichtgewährung von FEH, d.h. ob dem Antrag der Personensorgeberechtigten auf Gewährung von FEH stattgegeben werden soll oder nicht.

Hier muß die Behörde die sachlichen Voraussetzungen der §§ 62 und 63 JWG prüfen. Besonders die neue in das Gesetz aufgenommene Vorschrift des § 62 JWG stellt sachliche Voraussetzungen für die Gewährung der FEH auf. Bei der Prüfung derselben handelt es sich um ein besonderes Verfahren, das als Gewährungsverfahren bezeichnet werden kann. - Hier handelt die Behörde sicher nicht in Vertragsfreiheit, sondern sie ist an „unbestimmte Rechtsbegriffe“ gebunden.

Die daraufhin ergehende Entscheidung - bei Vorliegen der Voraussetzungen der §§ 62 und 63 JWG haben die antragstellenden Personensorgeberechtigten sogar einen Rechtsanspruch auf Gewährung²⁾ der FEH - ist ein Verwaltungsakt, dessen Besonderheit darin besteht, daß die Zustimmung der Personensorgeberechtigten einen normativen Bestandteil desselben darstellt. - Der Antrag der Personensorgeberechtigten ist die rechtliche Voraussetzung für seinen Erlass. Er löst die Verwaltungstätigkeit erst aus, "welche mit dem Ergehen des Verwaltungsaktes abschließt"³⁾. Mit

1) Zur "Zweistufenlehre" vgl. auch: K.O. Henze, "Verwaltungsrechtl. Probleme...", S.44 ff; E. Witten, "Subventionen in der Rechtsprechung" in: DVBl. 1958, 699; Flessa zur Entscheidung des OVG Münster v. 19.12.1958 in DVBl. 1960, 137; Krüger, "Die Auflage als Instrument der Wirtschaftsverwaltung" DVBl. 1955, 385, 386.

2) hierüber im Einzelnen später.

3) zit. nach Forsthoff, Lb., 7. Aufl., S. 194.

Forsthoff¹⁾ ist hier von einem "mitwirkungsbedürftigen Verw.-Akt" zu sprechen^{2) 3)}. Wird auf den Antrag der Eltern bzw. Personensorgeberechtigten positiv entschieden, so kann von einem Bewilligungsbescheid gesprochen werden.

Dieses Gewährungsverfahren, in dem lediglich die Voraussetzungen geprüft werden, ähnlich wie bei der Erfüllung sozialstaatlicher Pflichten in den Subventionsverhältnissen, kann als 1.Stufe bezeichnet werden. In diesem Abschnitt, der gedanklich und rechtlich von dem folgenden getrennt werden muß, wird noch keine Bestimmung z.B. darüber getroffen, welcher Art die Erziehungsmaßnahmen sein sollen, welche Zuchtmittel höchstens angewendet werden dürfen, wie die Besuchszeiten zu regeln sind, wie im ernstesten Krankheitsfalle zu verfahren ist und wie die Personensorgeberechtigten die Durchführung der FEH fördern werden.- Diese Regelung ist Gegenstand der öffentlich-rechtlichen (nicht privatrechtlichen) Vereinbarung, die erst nach einer positiven Entscheidung über das "ob" (Bewilligungsbescheid) nun über das "wie" der Durchführung, genauer gesagt, über die Grenzen der Ausübungsrechte der Erziehungsbehörde klare Verhältnisse schafft, - 2.Stufe -.

Die Notwendigkeit zumindest der gedanklichen und rechtlichen Trennung der beiden Stufen im Bereich der FEH läßt eine gemeinsame Interessenlage i.S. der obigen Fragestellung erkennen.- Daher stehen einer ausdehnenden Anwendung der Zweistufenlehre auf dem Gebiet der FEH keine ernstesten Bedenken entgegen.

Es muß aber zugegeben werden, daß sich diese beiden Stufen bei der FEH nicht in jedem Fall klar und eindeutig voneinander werden trennen lassen. Dies gilt um so mehr, als ein öffentlich-rechtlicher Vertrag i.S. einer öffentlich-rechtlichen Erziehungs-

1) aaO., S.194 ff.

2) Die Bezeichnung "zustimmungsbedürftiger VA" enthält die gleiche Sinnbedeutung; nicht jedoch die Bezeichnung "zweiseitiger VA" von W.Jellinek ("Zweis.VA u.VA auf Unterwerfung", S.84 ff.), der diesen am sichersten dann für gegeben hält, "wenn die Willenserklärung des Bürgers dem Akte zeitlich nachzufolgen hat" (aaO., S.108).

3) in diesem Punkt u.a. ebenso Lücken in Hdb.d.Heimerziehung 11. Lief. S.1173; Marcus, Diss.1951, S.30; Jans-Happe, Komm. z. JWG § 63, Anm.2.

vereinbarung keiner besonderen Form (Schriftform) bedarf, also auch mündlich, was allerdings nicht zu empfehlen ist, abgeschlossen werden kann. Dabei besteht die Gefahr, daß dieser nach außen hin meist nicht deutlich in Erscheinung tritt. - Schließlich kann in einigen Fällen der Raum für Vereinbarungen aus tatsächlichen Gründen¹⁾ - wenn z.B. die Sorgeberechtigten angesichts eines weitgehenden Erziehungsnotstandes aus dem Eingeständnis ihres Versagens heraus von vornherein mit allen Maßnahmen der Behörde einverstanden sind - so gering sein, daß die erste und zweite Stufe ineinander übergehen. Gedanklich und rechtlich müssen sie aber getrennt werden.

VII. Rechtstheoretische Schlußbemerkung zum zweiten Kapitel und dem hierin vorgeschlagenen Lösungsversuch.

1. Der Lösungsvorschlag als Fortentwicklung bisheriger Auffassungen.

Die oben entwickelte Rechtsauffassung von der Übertragung der Ausübung wesentlicher Bestandteile des Personensorgerechts von den Eltern auf die Erziehungsbehörde im Wege öffentlich-rechtlichen Vertrags als dem Rechtsgrund für den Übergang der Befugnisse auf das LJA²⁾ befindet sich nur in geringem Umfang im Gegensatz, zum Teil in folgerichtiger Fortentwicklung und zum Teil im Einklang mit gewichtigen neueren Äußerungen im Schrifttum³⁾.

a) Ausdrückliche Ablehnung erfolgt von Schnitzerling⁴⁾, der zwar anerkennt, daß die Entscheidung des LJA über die Gewährung der FEH ein Verwaltungsakt ist. Daraus wird aber ohne Begründung gefolgert, daß kein Vertrag des öffentlichen Rechts vorliegen könne. Hier wird also nur die Alternative Verwaltungsakt oder Vertrag gesehen. Daß Einleitung (= Gewährungsverfahren) mit dem

1) nicht aus rechtlichen Gründen.

2) vgl. hinsichtlich der Zuständigkeit die einzelnen Landesausführungsgesetze zum JWG, insbesondere zu § 74 JWG.

3) Im folgenden wurden die neuesten Kommentare zum JWG unter den einschlägigen Beiträgen in der Fachliteratur herangezogen. - In dem Kommentar von Gräber (JWG-Komm. 2. Aufl., Anmerkungen zu §§ 62 und 63 JWG) wird, soweit ersichtlich, zu der oben behandelten Rechtsfrage nicht Stellung genommen.

4) "Die erforderlichen Maßregeln bei Gefährdung des Wohles der Kinder" in: "Blätter der Wohlfahrtspflege" Nr. 6, Juni 1963, S. 176 ff. 178.

Bewilligungsbescheid und Durchführung der FEH die Heranziehung beider Rechtsinstitute erforderlich machen, wird dabei nicht beachtet.

Ebenso entschieden lehnte Lücken¹⁾ vor der Novelle 1961 - wie schon dargestellt - den öffentlich-rechtlichen Vertrag ab, indem er FEH und FE in ihrer Rechtsnatur im wesentlichen gleichstellte und daher auch in der FEH ein selbständiges, vom Elternrecht unabhängiges öffentlich-rechtliches Erziehungsrecht der Behörde annahm. Becker-Claussen²⁾ sind gleicher Ansicht. M.Beuermann³⁾ sieht zwar die Notwendigkeit, für die FEH die Rechtslage nach dem JWG vom 11.VIII.1961 neu zu überprüfen, kommt aber nur zum Ergebnis, daß wie bei der FE das öffentliche Erziehungsrecht die Rechtsgrundlage der FEH-Maßnahmen sei. Für beide Maßnahmen sei durch Gesetz ein Rechtsübergang von einem bisherigen Rechtsträger auf den Träger der Maßnahme⁴⁾ nicht bestimmt und daher würden beide Maßnahmen kraft originärem öffentlichen Erziehungsrechts ausgeführt. - Wenn zur Erläuterung des Rechtscharakters des der FEH zugrundeliegenden Erziehungsrechts gleich zu Anfang mit der Hypothese gearbeitet wird, beide Maßnahmen seien wesensmäßig gleich, weil beide öffentlich-rechtlichen Charakter aufweisen, dann kann nicht zu einem richtigen Ergebnis gelangt werden. Gewiß wird im Gesetz selbst nicht ein Übergang rechtlicher Befugnisse von den Personensorgeberechtigten auf die Behörde bestimmt. Daraus kann aber mit Beuermann⁵⁾ nicht geschlossen werden, daß die FEH nicht von den Personensorgeberechtigten der Antragsteller abgeleitet wird. - Wo sollte sonst für die FEH die Quelle der Befugnisse der Erziehungsbehörde zu suchen sein? Bei der FE ist es der anordnende Beschluß des Vormundschaftsrichters, bei der FEH fehlt ein solcher. Der mitwirkungsbedürftige Verwaltungsakt klärt nur das "ob" der Gewährung und soll nicht eigene Erziehungsrechte der Behörde begründen und damit familienrechtliche Befugnisse zurückdrängen. Der Verwaltungsakt der "Gewährung" ist nur ins-

1) in Hdb. der Heimerziehung, 11.Lief., S.1174.

2) in: "Sozialreform und Jugend", S.85;

3) "Erziehungsrecht und Grundrechte des Minderjährigen in der öffentlichen Erziehung" in UJ 1963, Heft 7, S.291 ff., 293.

4) Beuermann, aaO., S.293.

5) aaO., S.294.

fern rechtsbegründend, als die Personensorgeberechtigten für das Kind nunmehr einen Anspruch auf Durchführung der FEH haben¹⁾. Wenn Beuermann²⁾ erkennt, daß die Existenz der FEH von der andauernden Zustimmung der Personensorgeberechtigten abhängt, dann wird ersichtlich, wie wenig angebracht es ist, FE und FEH in ihrer Rechtsgrundlage gleichzustellen. Dieser Einwand muß auch gegenüber Göppinger³⁾ erhoben werden, der sich ausdrücklich auf Beuermann bezieht. Göppinger spricht von einem öffentlichen Erziehungsrecht, das der Behörde bei der Ausführung der FEH kraft Gesetzes verliehen sei. Es ist aber im VI. Abschnitt unter Ziff. 2 des JWG keine Vorschrift ersichtlich, die als Rechtsgrundlage für eine solche Ansicht betrachtet werden könnte. Im Hinblick auf die Ausführung der FE ist eine derartige Ansicht sicher richtig, nicht jedoch für die FEH.- Mit den obigen Ausführungen und Argumenten unter III bis V sollte dieser Rechtsauffassung begegnet werden.

b) Wenn Jans-Happe⁴⁾ resümiert, daß der alte Streit, wann Verwaltungsakt oder wann Vereinbarung im Bereich der FEH anzunehmen ist, auch durch die Novelle von 1961 nicht eindeutig geklärt werden, und er dann zu dem Schluß kommt, daß die vertragliche Alternative im Hinblick auf die Fassung des § 63 JWG wohl ausscheide, dann kann sich diese Äußerung nur auf die privatrechtlich-vertragliche Rechtsauffassung aus der Zeit vor dem Inkrafttreten der Novelle 1961 beziehen. Dies geht schon daraus hervor, daß Jans-Happe⁵⁾ kurz darauf feststellt: "Die Rechtsnatur des Verwaltungsaktes der FEH-Gewährung nähert sich ungeachtet der obigen Ausführungen weitgehend einer Vereinbarung". Mit dieser Formulierung werden Verwaltungsakt und Vereinbarung miteinander verquickt, ohne daß dabei unterschieden wird, daß die Gewährung als mitwirkungsbedürftiger Verwaltungsakt erst die Kompetenz der Erziehungsbehörde begründet, das Kind überhaupt in öffentliche

1) Ähnlich ist die Rechtslage bei der "Bestellung" eines Erziehungsbeistandes nach § 56 Abs. 1 JWG.

2) aaO., S.294.

3) in Staudinger-Komm., Bd.IV, Teil 3a, Lfg.3, 10./11.Auflage, Anhang zu § 1666 Rdnr. 503.

4) Komm. z. JWG 1963, § 63 Ziff.2.

5) aaO., Ziff.2, letzter Absatz.

Erziehung zu nehmen, während sich die konkreten Befugnisse der Durchführung auf die öffentlich-rechtliche Vereinbarung gründen. Wenn dann schließlich noch im Zusammenhang mit dem Gewährungsverfahren gesagt wird, daß die "Ausgestaltung des Tatbestandsmerkmals der Zustimmung nach wie vor vereinbarungsähnlichen Charakter hat", dann ist der Schritt zur Anerkennung einer öffentlich-rechtlichen Vereinbarung als Grundlage der behördlichen Befugnisse nicht mehr groß. - Um so unverständlicher ist es, wenn Jans-Happe im Zusammenhang mit der Ausführung der FEH¹⁾ dennoch darlegt, daß das Recht der Ausführungsbehörde nicht aus der elterlichen Gewalt abgeleitet sei, sondern durch den Akt der Gewährung nach § 63 JWG entstehe. Hier wird wieder das Rechtsinstitut von FE und FEH miteinander vermengt. Eine gewisse Unsicherheit in der Argumentation wird dadurch erkennbar, daß unter Hinweis auf die historische Entwicklung der FEH der einvernehmliche Charakter der Maßnahme festgestellt wird. - Es soll nicht geleugnet werden, daß die FEH in den §§ 63, 69, 71 JWG eine verwaltungsrechtliche Lösung gefunden hat und daß es sich um eine öffentlich-rechtliche Aufgabenerfüllung handelt. - Das ist von Anfang an ohne Zweifel hervorgehoben worden - diese verwaltungsrechtliche Lösung verlangt aber nicht die Annahme, daß bei der FEH die Erziehungsbehörde als Träger eigener Rechte auftritt wie bei der FE. Die einvernehmliche Maßnahme der FEH als ein korrespondierendes Verhältnis weist gerade auf den Charakter der öffentlich-rechtlichen Vereinbarung hin.²⁾

Folgerichtig kommt Lange³⁾ zu dem Schluß, daß die FEH auf eine "widerrufliche (§ 75 Abs. 3 JWG) Übertragung der wesentlichen Bestandteile des Personensorgerechts hinausläuft, da die Erziehung, Beaufsichtigung und Aufenthaltsbestimmung (§ 71 Abs. 1 Satz 1 JWG) auf das LJA übergehen." - Hier wird anerkannt, daß es sich um eine "Übertragung" und einen "Übergang" von Ausübungsrechten handelt und nicht um eigene, selbständige Rechte der Er-

1) in Komm. zu § 69, 3B = S. 482.

2) Hiervon zu unterscheiden ist der mitwirkungs- oder zustimmungsbedürftige Verwaltungsakt im Gewährungsverfahren (1. Stufe). Dieser hat zwar etwas Einvernehmliches an sich, ist aber nicht identisch mit dem Rechtsverhältnis, das der Durchführung der FEH zu Grunde liegt. Zur Begriffsabgrenzung des sog. "zweiseitigen Verwaltungsaktes" vom öffentlich-rechtlichen Vertrag siehe 2. Kap. IV, 2 = S. 52.

3) in Soergel-Siebert IV, § 1666 Anh. 22.

ziehungsbehörde. Wenn auch der hier ins Blickfeld gezogene öffentlich-rechtliche Vertrag nicht ausdrücklich genannt wird, so kann er doch als zwischen den Zeilen stehend gelesen werden.

Ebenso verhält es sich im Ergebnis in den Ausführungen von Jans auf der Tagung des AFET im Jahre 1960.¹⁾ Hier wird einmal davon ausgegangen, daß die freiwillige Vereinbarung die Grundlage der FEH bildet und zum anderen, daß die Personensorgeberechtigten dem LJA die Ausübung des Personensorgerechts zur Erreichung des Erziehungsziels überlassen, dann kann wohl nur eine öffentlich-rechtliche Vereinbarung gemeint sein, auch wenn dies expressis verbis nicht zum Ausdruck kommt. Unter ähnlichem Aspekt müssen die Ausführungen von Scheuner auf der AFET-Tagung 1962²⁾ betrachtet werden. - Sieverts³⁾ spricht von Verträgen der FEH, die mit den Eltern im Interesse ihrer minderjährigen Kinder geschlossen werden.

K.H. Schuler⁴⁾ differenziert in der richtigen Weise, wenn er das Erziehungsrecht der Behörde im Falle der FE auf den Gerichtsentscheid, im Falle der FEH auf die Vereinbarung mit den Eltern und die damit verbundene Übertragung zurückführt.

Becker⁵⁾ bezeichnet die Rechtsnatur der Vereinbarung, auf der die FEH beruht, als "einen Vertrag mit öffentlich-rechtlichem Einschlag."⁶⁾ - In Übereinstimmung mit der oben versuchten Lösung, aber auch im Einklang mit Lange aaO. und Jans aaO. überlassen die Personensorgeberechtigten nach Becker⁷⁾ dem LJA die Ausübung der Personensorge, "soweit es das Erziehungsziel fordert", "wobei die Eltern nur "teilweise in der Ausübung ihres Sorgerechts beschränkt" werden. - Unter den Vertretern der geschilderten Rechtsauffassung muß auch Hermann⁸⁾ genannt werden, der die rechtliche

1) wie schon zitiert in: N. Schrr. des AFET, Heft 14/1960, S. 80.

2) in: N. Schrr. des AFET, Heft 16/1962, S. 20. (Vortrag von Frau Dr. Scheuner: "Was soll aus der öffentlichen Erziehung werden?").

3) in: Sonderdruck zum Mitgl. Rdbr. des AFET, Mai 1961, S. 4, re. Sp.

4) "Freiheitsentzug zur Erziehung" in RdJ 1961, S. 23 ff., 24 re. Sp. oben

5) "Das Problem der Freiheitsentziehung in der freiw. Erziehungshilfe" in Zbl. 61, Heft 1, S. 3 ff.

6) Becker, aaO., S. 3 ff, meint darüber hinaus, es handele sich sicherlich nicht nur um einen bürgerlich-rechtlichen Vertrag".

7) aaO., S. 3.

8) "Die Ausübung unmittelbaren Zwangs durch Beamte des JA im Bereich der FE und FEH in NRW" in Zbl. 1963 (März) Heft 3, S. 75 ff.

Situation bei FE und FEH ebenfalls verschieden sieht, folgerichtig eigene Rechte der Behörde bei der FEH verneint und statt dessen eine Übertragung der Ausübung von Elternrechten auf die Behörde vorsieht.

Riedel¹⁾ sieht in der FEH ein Verwaltungsverfahren, bei dem das Gewährungsverfahren mit einem Verwaltungsakt ende. Im Zusammenhang mit § 69 Abs. 4 und 5 JWG²⁾ wird bemerkt, daß bei der FEH die elterliche Gewalt, "insbesondere auch die Personensorge, unbeeinflusst bleibt", weil es sich um eine freiwillige Maßnahme handele. Daraus kann geschlossen werden, daß Riedel eine ähnliche Differenzierung des Rechtsgrundes von FEH und FE vornimmt (bzgl. der behördlichen Erziehungsbefugnisse), wie dies in dem obigen Lösungsversuch geschehen ist. Diese Annahme stützt sich auf Riedels diesbezügliche Stellungnahme in einer früheren Kommentierung zum RJWG aus dem Jahre 1960³⁾, nach der die FEH auf einem öffentlich-rechtlichen Vertrag beruhe⁵⁾.

In dem Kommentar von Krug⁴⁾ wird die behandelte Frage nicht direkt angeschnitten. Wenn "Übereinstimmung" von LJA und den Personensorgeberechtigten gefordert wird, aber diese "sich ihrer Rechtsnatur nach nicht als privatrechtlicher Erziehungsvertrag" darstelle, weil die FEH öffentlich-rechtlichen Charakter habe, so wird damit ein öffentlich-rechtlicher Vertrag weder verneint noch bejaht. Interessanterweise wird auch hier wieder der "mitwirkungsbedürftige Verwaltungsakt" als einzige Lösung angeboten. Es scheint, als ob auch dieser Kommentar den öffentlich-rechtlichen Vertrags- bzw. Vereinbarungscharakter, der der FEH innewohnt, in diesen unzureichenden Begriff des "mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsaktes" hineinlegen wollte und hineingelegt hat.

Schließlich kann festgestellt werden, daß die hier angebotene

1) JWG Komm., 3.Aufl., Vorbem. 2 vor § 62.

2) aaO., § 69, Anm. 7a).

3) Riedel, Textausgabe mit Erläuterungen z.RJWG, 4.Aufl., 1960, vor § 62 II = S.135.

4) JWG-Komm., § 63, Ziff.3

5) Im JWG-Komm., 3.Aufl., § 69 Anm. 7a Abs. 3 nimmt Riedel bei der FEH erneut einen Übergang von Rechten und Pflichten der Eltern an.

Lösungsmöglichkeit zu den geschilderten Vorarbeiten der AFET-Kommissionen nicht im Widerspruch steht. Die AFET-Kommissionen gingen von eigenen, originären, nicht abgeleiteten Rechten der Erziehungsbehörde unter der Prämisse aus, daß beide Erziehungsmaßnahmen (FEH und FE) in einem einheitlichen Rechtsinstitut der "öffentlichen Erziehungshilfe" vereinigt würden. Nur unter dieser Voraussetzung ist die Rechtsauffassung des AFET zu verstehen und auch vertretbar. Das Rechtsinstitut der "öffentlichen Erziehungshilfe" ist jedoch nicht verwirklicht worden; FEH und FE werden lediglich im gleichen Abschnitt erörtert. Die Selbständigkeit beider Rechtsinstitute ergibt sich u.a. aus der Subsidiarität der Fürsorgeerziehung, § 64 Satz 2 JWG.

2. Abgrenzung von den äußerlich ähnlichen Rechtsinstituten.

a) Gegen den in den obigen Ausführungen erörterten Lösungsvorschlag könnte eingewendet werden, daß vergleichsweise in der Begründung des Beamtenverhältnisses ebenfalls ein zustimmungs- oder mitwirkungsbedürftiger Verwaltungsakt zu sehen ist, die Ausgestaltung des damit begründeten Dienst- und Treueverhältnisses aber nicht durch öffentlich-rechtlichen Vertrag geschieht, wie das bei der Durchführung der FEH der Fall sein soll. Hier muß zunächst darauf hingewiesen werden, daß noch Ende des 19. Jahrhunderts eine große Anzahl von Autoren die Auffassung vertrat, daß das Verhältnis zwischen den Beamten und dem Staat als Vertrag zu betrachten ist.¹⁾ Die Rechtsprechung des Reichsgerichts²⁾ ging ebenfalls in diese Richtung, wenn es feststellt, daß das Staatsbeamtenverhältnis zwar durch einen einseitigen Akt der Staatsgewalt begründet wird, soweit jenes Verhältnis aber vertragliche Elemente enthalte, diese "in einem öffentlich-rechtlichen Vertrag ihren Ursprung finden".³⁾ Die spätere Rechtsprechung des RG⁴⁾ und W.Jellinek⁵⁾ gelangten bei der rechtlichen Konstruktion der Einstellung zum "zweiseitigen Verwaltungsakt", der viele Berührungspunkte mit dem öffentlich-rechtlichen Vertrag hat.- Wenn diese

1) Siehe bei Otto Mayer, Lb. Bd. II 1896, S.221 u. Fußn.3, S.221.

2) z.B. im Urteil vom 26.Juni 1906 in RGZ 63, 430 ff. (432).

3) aaO., S. 432.

4) z.B. im Urteil vom 22.11.1929 in RGZ 126, 243 ff. (245).

5) Lehrbuch, 3.Aufl., S.251.

Lehre heute als überholt gilt, dann ist sie es auch deshalb, weil hinsichtlich der Gestaltung, Veränderung und Beendigung des Beamtenverhältnisses kein Raum mehr für abweichende Vereinbarungen bleibt. Das Beamtenrecht des Bundes und der Länder ist lückenlos durchnormiert. Die Fülle allein der bundesrechtlichen Beamtengesetze mit ihren mannigfaltigen Durchführungsvorschriften und Nebengesetzen¹⁾ läßt erkennen, daß alle Bereiche dienstlicher, besoldungsmäßiger und versorgungsrechtlicher Art, die im Verhältnis Staat - Beamter von Bedeutung sein können, ausschließlich durch Gesetz geregelt sind. Hier ist keine vertragsoffene Materie gegeben, es bleibt kein Raum zu dispositiver Ausgestaltung. Der Charakter dieses Rechtskomplexes ist vertragsfeindlich. Zwingende Normen stehen einer vertraglichen Ausgestaltung entgegen. Insofern ist ein ganz wesentlicher Unterschied zur Durchführung der FEH gegeben. Daher könnte das Beamtenverhältnis nicht als Argument gegen den obigen Lösungsvorschlag angeführt werden.

b) Als weiterer Einwand könnte vergleichsweise das Verhältnis zwischen Staat und Eltern im Falle des Schulbesuches ihres Kindes in einer höheren staatlichen Schule betrachtet werden. Auch hier ist die Aufnahme und Eingliederung des Kindes in die Schule von einem Antrag der Eltern (oder sonstiger Personensorgeberechtigten) abhängig. Über Rechtsnatur und Wesen des Rechtsverhältnisses, das zwischen den Schulbenutzern (und dadurch mittelbar auch den Eltern) und der Schule besteht (Schulverhältnis), bestehen keine gesetzlichen Bestimmungen. So kann das Schulverhältnis als Unterfall des "besonderen Gewaltverhältnisses"²⁾ auch dort bezeichnet werden, wo der Schüler die Schule nicht auf Grund seiner Schulpflicht, sondern auf Grund freiwilligen Entschlusses besucht.

- 1) siehe das Beamtenrechtsrahmengesetz, das Bundesbeamtengesetz, das Bundesbesoldungsgesetz, die Bundesdisziplinarordnung in der Textausgabe des C.H.-Beck-Verlags (Stand 1. Mai 1964) und die weiteren beamtenrechtlichen Gesetze im Anhang dieser Textausgabe.
- 2) zum Schulverhältnis als besonderem Gewaltverhältnis: Heckel-Seipp, "Schulrechtskunde", S. 272 ff. und Görg, "Schulrecht und Kulturpflege", S. 345 ff. in: Verfassungs- und Verwaltungsrecht des Landes NRW, 1964. Allgemein hierzu u. a. Forsthoff, Lb. 8. Auflage § 7 A 1, S. 116 ff.; Thiem, "Die besonderen Gewaltverhältnisse" in DÖV 56, 521 ff.

Dasselbe gilt unbeschadet der Begründung durch privaten Beschulungsvertrag auch für die staatlich anerkannte Privatschule (als Ersatzschule). Die Frage, wie ein privater Beschulungsvertrag ein öffentlich-rechtliches Gewaltverhältnis entstehen lassen kann, läßt sich lösen, wenn berücksichtigt wird, daß nicht allein der Abschluß des privaten Beschulungsvertrages, sondern erst die Einordnung des Schülers in die staatlich anerkannte Schule das besondere Gewaltverhältnis begründet. Mithin stimmen die verschieden ausgelösten Gewaltverhältnisse wesensmäßig überein. Wenn nun der Umfang der so ausgelösten Schulgewalt aus dem Zweck der Schule folgt, nämlich die ihr anvertrauten Schüler zu unterrichten und zu erziehen, dann stellt sich die im vorliegenden Zusammenhang wichtige Frage, welchen Rechtsgrund die Schulgewalt hat. Zur Beantwortung dieser Frage ist davon auszugehen, daß das Schulverhältnis als besonderes Gewaltverhältnis im Grundgesetz durch Art.7 GG selbst anerkannt wird.¹⁾ Diese Anerkennung äußert sich dadurch, daß Art.7 GG dem elterlichen Erziehungsrecht, das in Art.6 Abs.2 GG geregelt ist, ein staatlich-schulisches Erziehungsrecht folgen läßt. Soweit ersichtlich, ist die Auffassung, daß aus Art.7 GG ein eigenes staatlich-schulisches Erziehungsrecht folgt, unbestritten.²⁾ Es kann sich nur um die Frage handeln, ob ein solches staatliches Recht neben das elterliche Gesamterziehungsrecht tritt³⁾ oder ihm folgt.⁴⁾ Im vorliegenden Fall ist jedoch entscheidend, daß die Schule mit vom Staat abgeleiteten Rechten tätig wird und ihre Befugnisse nicht etwa von den Eltern übertragen bekommen hat. Das Grundgesetz selbst anerkennt also im schulischen Bereich originäre Rechte des Staates. Aus dieser eindeutigen Aussage zugunsten der Schule darf aber

-
- 1) Die Institution der Schulgewalt als besonderes Gewaltverhältnis folgt m.E.direkt aus Art.7 GG, so u.a.auch Wolff, Verwaltungsrecht I, 6.Aufl., § 32 IV, c, 3 und v. Mangoldt-Klein, Bd.I, 2.Aufl., S.137 (oben). Das Hessische Schulpflichtgesetz vom 17.Mai 1961 (GWBl.1961, S.69) z.B.regelt im wesentlichen nur, wer und in welchem Umfang schulpflichtig ist.
 - 2) Schon im 4.Abschnitt der WRV. (Art.143 bis 149) war ein solches Recht verankert, vgl.zum staatl.-schul.Erziehungsrecht: v. Mangoldt-Klein, Bd.I, 2.Aufl., Art.7, II, 1.
 - 3) so Wernicke in BK, Art.7, Erl. II vor 1a.
 - 4) so v.Mangoldt-Klein aaO.

nicht verallgemeinernd gefolgert werden, daß der Staat bei jeglicher Aufgabenerfüllung auf erzieherischem Gebiet originäre, eigene Rechte ausübt. Ein solcher Schluß wäre besonders im Falle der Durchführung der FEH fehl am Platze. Hier wird die Erziehungsbehörde nicht durch Verfassung oder Gesetz mit eigenen Rechten ausgestattet. - Daher könnte auch der Hinweis auf das Schulverhältnis kein geeignetes Argument gegen die oben entwickelte Rechtsauffassung zur Durchführung der FEH bieten.

Drittes Kapitel: Die konkrete Ausgestaltung der Elternrechte bei der Einleitung und Durchführung der FEH im einzelnen.

Nachdem im 2. Kapitel eine Kernfrage in dem Verhältnis von Elternrecht und FEH - nämlich die Frage nach dem Rechtscharakter der der FEH zugrunde liegenden Rechtsverhältnisse - mit Hilfe der "Zweistufentheorie" beantwortet werden konnte, ergeben sich nun Art und Umfang dieser Elternrechte im Ausführungsverfahren folgerichtig aus dieser Beantwortung. - Zunächst müssen jedoch noch die Elternrechte im Gewährungsverfahren erörtert werden.

A Die Elternrechte bei der Einleitung der FEH - im Gewährungsverfahren -

I. Die Elternrechte bei der Antragsstellung.

Nach § 63 JWG gewährt das LJA¹⁾ FEH auf schriftlichen Antrag der Personensorgeberechtigten. Hier ist also nicht von einem Personensorgeberechtigten die Rede wie bei dem Antrag auf Aufhebung der FEH nach § 75 Abs. 3 JWG, sondern nur von den Personensorgeberechtigten. - Damit wird bei ehelichen Kindern gefordert, daß beide personenberechtigte Eltern den Antrag stellen, - Das wäre der Normalfall.

- a) Ist das Einverständnis des gesetzlichen Vertreters für die Fälle erforderlich, in denen für die tatsächliche und rechtliche Personensorge jeweils verschiedene Personen kompetent sind?

Nach dem rechtlichen Gehalt des tatsächlichen Personensorgerechts, das nach § 1631 Abs. 1 BGB neben dem Erziehungs- auch das Aufenthaltsbestimmungsrecht umfaßt, wäre für die Unterbringung

1) nach § 89, 74 Abs. 2 JWG können durch die Landesregierungen andere Behörden bestimmt werden.

in FEH das Einverständnis des gesetzlichen Vertreters nicht erforderlich. - Diese Auslegung ist jedoch angesichts der amtlichen Begründung zu § 57 JWG¹⁾ zu eng. - Nach dieser umfaßt der Begriff Personensorgeberechtigte "alle Personen, auf deren Einvernehmen es für die Verwirklichung des Rechts des Kindes auf Erziehung ankommt. Wenn tatsächliche und rechtliche Personensorge (gesetzliche Vertretung) von verschiedenen Personen ausgeübt werden, so ist auch der gesetzliche Vertreter in den persönlichen Angelegenheiten Personensorgeberechtigter (§ 1626 Abs.2 BGB)".

Damit wird besonders der Fall der FEH für außereheliche Kinder angesprochen. Neben der Kindesmutter als der Trägerin der tatsächlichen Personensorge, § 1707 Abs.1 Satz 2 BGB, ist das Einverständnis des Amtsvormundes als gesetzlichem Vertreter erforderlich, es sei denn, daß ihr die elterliche Gewalt über ihr Kind nach § 1707 Abs.2 BGB vom Vormundschaftsgericht übertragen wurde. Das Einverständnis der Mutter allein genügt selbstverständlich auch dann, wenn sie zum Vormund bestellt ist. Somit haben das Recht der Antragstellung die Personensorgeberechtigten und, wenn die gesetzliche Vertretung mit dem Personensorgerecht nicht zusammentrifft, auch der gesetzliche Vertreter. In jedem Falle müssen aber beide ihr Einverständnis erklären, die Antragstellung eines Einzelnen von mehreren würde nicht ausreichen.^{2) 3)} Immer muß die Antragstellung freiwillig sein. Sie soll auf freien Entschluß der Personensorgeberechtigten beruhen, der nicht erzwungen werden kann.

1) in BT-Drs.2226, zu § 57, S.26, in Anlagen-Band 71.

2) Diese Auffassung wird ganz überwiegend im Schrifttum vertreten Jans-Happe (§ 63,4) bezieht sich auf die Begründung zu § 56 in der BT-Drucksache 2226 und fordert das Einverständnis des gesetzlichen Vertreters, wenn für die tatsächliche und rechtliche Personensorge jeweils verschiedene Personen kompetent sind; ebenso Staudinger-Göppinger (10./11. Aufl., Anhang zu § 1666 Rdnr.136 mit Verweisung auf Rdnr.43) und Palandt-Lauterbach 24. Aufl., § 56, 2. Soergel-Siebert-Lange (9. Aufl. § 1666, Anlage 13) fordert eine gemeinsame Antragstellung, ebenso Riedel (3. Aufl., § 63 Rdnr.3 in Verb. mit § 56 Rdnr.3) nachdem eine gemeinsame Antragstellung nur dann entbehrlich ist, wenn der gesetzliche Vertreter nur die Vermögensverwaltung hat. - Anderer Meinung wohl Krug (§ 63,4 in Verb. mit § 56,4) nachdem auch die Mutter des außerehelichen Kindes ohne Rücksicht auf § 1707 II BGB ein alleiniges Antragsrecht hat. Unklar sind die Ausführungen bei Gräber (§ 63 Anm.7).

3) über Bevollmächtigung, Einverständnis und Formvorschriften bei der Antragstellung siehe Riedel, 3. Aufl., § 63 Anm.2b); Krug, § 63, Anm.4; Jans-Happe, § 63, 3A.

b) Hier stellt sich jedoch die Frage, ob bei schuldhafter und mißbräuchlicher Unterlassung der Antragstellung das Vormundschaftsgericht nach § 1666 BGB das Antragsrecht der Personensorgeberechtigten (durch Entzug des Personensorgerechts) entziehen darf, um es einem Pfleger zu übertragen, der dann das Antragsrecht ausüben kann.

Die Frage, ob bei Uneinsichtigkeit der Eltern ein Beschluß des VG nach § 1666 BGB mit dem Ziel ergehen darf, daß nach der Entziehung des Personensorgerechts oder von Teilen desselben der Pfleger die Gewährung der FEH beantragt, ist immer wieder gestellt worden und, soweit ersichtlich, außer von Riedel¹⁾ verneint worden.

Eine vormundschaftsgerichtliche Maßnahme solcher Art würde das der FEH innewohnende Prinzip der Freiwilligkeit verletzen und sich in Umgehung der FE als verkappte FE darstellen. Zwar kann in der Verweigerung des Einverständnisses der Personensorgeberechtigten zur FEH ein Mißbrauch des Sorgerechts oder eine schuldhaft vernachlässigung desselben liegen. Aber ein Eingriff in die Rechte der Eltern nach Maßgabe des § 1666 BGB durch Entzug des Personensorgerechts ist im Ergebnis nichts anderes als die Anordnung der FE. Jedenfalls ist der praktische Unterschied dann nur gering. Es wäre daher sinnwidrig, eine "Freiwillige" Erziehungshilfe, die auf diesem Wege zur Zwangserziehung würde, durchzuführen. Nicht anders verhält es sich mit dem Vorschlag von Göppinger²⁾, der es unter den Voraussetzungen des § 1666 BGB für möglich erachtet, den Eltern das Aufenthaltsbestimmungsrecht und das Erziehungsrecht, eventuell auch das gesamte Personensorgerecht zu entziehen und dieses Recht auf das Jugendamt als Pfleger zu übertragen, damit dieses die anderweitige Unterbringung des Kindes veranlaßt. Göppinger gibt aaO. selbst zu, daß im praktischen Ergebnis kein wesentlicher Unterschied zur FE besteht.

Für den Fall, daß über den Umweg nach § 1666 BGB das Personen-

1) Komm. 3. Aufl., § 56, Anm. 3, hier nur im Zusammenhang mit der freiwilligen Erziehungsbeistandschaft; gilt wohl aber auch für die FEH (wegen der hier zitierten Rechtsprechung, die sich mit § 1666 BGB und der FEH befaßt).

2) in Staudinger-Komm. IV. Bd., Teil 3a, Lfg. 3, 10./11. Aufl., Anhang zu § 1666, Rdnr. 140.

sorgerecht einer Behörde, z.B. dem Jugendamt, übertragen wird, würde ein Antrag auf Gewährung von FEH wegen des allgemeinen Rechtsverbots des Kontrahierens mit sich selbst unzulässig sein. Darüber hinaus würde der Entzug des Personensorgerechts die Eltern in ihren Rechten noch schlechter stellen als bei Anordnung der FE¹⁾.

Bei der FE haben die Eltern bedeutende Rechtsmittelbefugnisse, so z.B. das Recht, gegen den die FE anordnenden Beschluß sofortige Beschwerde einzulegen, § 65 Abs. 4 JWG; oder einen Antrag auf Aufhebung der FE nach § 75 Abs. 4 Satz 2 JWG zu stellen. Im Falle des Entzugs des Personensorgerechts zum Zwecke der Beantragung von "FEH" gegen den Willen der Personensorgeberechtigten würden die Eltern solche Rechtsbefugnisse nicht besitzen.

Besonders mit dem Argument, daß bei einem solchen Vorhaben das Prinzip der Freiwilligkeit verletzt wird, ist dieser Umweg zur Erreichung der FEH abgelehnt worden. Aus der umfangreichen Literatur hebt sich diesbezüglich schon früh die anhaltende Ablehnung durch den AFET²⁾ ab. Aber auch in der Rechtsprechung³⁾ und den neueren Kommentaren zum JWG⁴⁾ wird ein solcher Weg als nicht gangbar betrachtet, weil eine solche "FEH" als verkappte FE eine Umgehung des Gesetzes bedeutet.

Eine andere Frage ist, ob die Gewährung von FEH möglich und zulässig ist, wenn eine Anordnung gemäß § 1666 BGB in einem früheren Stadium und unabhängig von einer erst später notwendig werdenden FEH erfolgt ist, also dann, wenn eine vormundschaftsgerichtliche Entscheidung nach § 1666 BGB nicht anläßlich des beabsichtigten Antrags auf Gewährung der FEH ergangen ist. Diese Frage muß bejaht werden⁵⁾, weil die oben genannten Bedenken hier nicht entgegenstehen.

- 1) vgl. zu dieser Frage die Entscheidung des LG Marburg v. 8.3.1958, in: Handb. des ges. Jugendrechts, 6. Bd. (SjE) E. 16, S. 278c ff.; vgl. auch OLG Braunschweig v. 30.1.1956 SjE, E. 16, S. 282a.
- 2) vgl. u. a. Vins in N. Schrr. d. AFET, Heft 7/1953, S. 34; Briegleb in N. Schrr. d. AFET, Heft 10/1954, S. 44 und Becker daselbst, S. 68; Jans in N. Schrr. d. AFET, Heft 14/1960, S. 83; der auch auf die AFET-Entwürfe zur Neuregelung verweist.
- 3) LG Göttingen v. 30.11.54 in NJW 1955, S. 1956 unter Ziff. 5; OLG Hamm v. 23.4.58 in Zbl. 58, S. 177; OLG Neustadt v. 16.7.1959 in Zbl. 60, S. 25; LG Essen v. 22.12.61 in FamRZ 1962, 174 ff.
- 4) Jans-Happe, § 62, 5c; Krug, § 62, 8; Gräber, 2. Aufl., § 62, 7.
- 5) so i. Erg. auch Jans-Happe, JWG Komm., § 62, 5c letzter Absatz, und Jans in N. Schrr. d. AFET, Heft 14/1960, S. 83, 84, sowie das LG Marburg v. 8.3.58 aaO., dem i. seiner Entsch. ds. Fall zu Grunde lag.

- c) Die Rechte beider Elternteile im Gewährungsverfahren zu FEH bei Uneinigkeit der Eltern

Hier stellt sich die Frage, ob die Uneinigkeit der Eltern - ein Elternteil beantragt die Gewährung, der andere Elternteil widerspricht - eine echte freiwillige Maßnahme noch möglich ist, und wenn ja, ob für diesen Fall das VG Entscheidung mittelbar oder unmittelbar darüber treffen kann, daß dennoch eine freiwillige Beantragung und Vereinbarung erfolgen soll.

- d) Die Frage, ob bei Uneinigkeit der Eltern noch eine echte freiwillige Beantragung und Vereinbarung möglich ist, hat nicht nur wissenschaftliche Bedeutung. Sie kann außer im Falle der FEH auch im Raum der freiwilligen Erziehungsbeistandschaft aktuell werden.

Wenn vom Gesetz ausgegangen wird, das in § 62 JWG von der Förderungsbereitschaft "der" Personensorgeberechtigten als einer Voraussetzung der Gewährung von FEH und in § 63 JWG vom Antrag "der" Personensorgeberechtigten ausgeht, dann muß bei Uneinigkeit der Eltern, d.h. bei der Entscheidung nur eines Elternteils für einen Antrag auf Gewährung von FEH, festgestellt werden, daß es an der unbedingt erforderlichen Freiwilligkeit der Maßnahme hinsichtlich der Beantragung und Durchführung krankt. - Bei konsequenter Haltung müßte hier von der Gewährung von FEH abgesehen werden. Aber bei erheblichen Erziehungsnotständen und tiefgreifenden Entwicklungsschäden bliebe dann nur noch die Anordnung der FE, die in aller Regel eine wirkliche Zwangsmaßnahme darstellt, die auf jeden Fall aber unabhängig vom Willen der Personensorgeberechtigten und in den allermeisten Fällen gegen ihren Willen angeordnet und durchgeführt wird. In diesem Falle wäre die Freiwilligkeit und Förderungsbereitschaft auch nur eines Elternteils nur noch im Rahmen der FE als einer Zwangsmaßnahme von Bedeutung. - Daher erscheint eine vormundschaftsgerichtliche Entscheidung bei Uneinigkeit der Eltern über die Frage der Beantragung von FEH immer noch nützlicher zu sein, d.h. dem Interesse und der Erziehung des Kindes mehr entsprechend zu sein als eine gerichtlich angeordnete FE. Die so zuwege gebrachte FEH ist dann immer noch mehr oder weniger eine Elternentscheidung, die FE wäre es überhaupt nicht. - Eine sich fruchtbar auswirkende FEH ist noch möglich.¹⁾

1) a.M.Becker, "Das Problem der Freiheitsentziehung in der FEH" in Zbl.1961, S.11, der statt dessen die FE einleiten will.

β) Die Frage, ob das VG überhaupt bei Uneinigkeit der Eltern angerufen werden kann, ist eine Folge des Urteils des BVerfG v. 29.7.1959¹⁾, das die Ungültigkeit des § 1628 BGB feststellte - wegen der Gleichberechtigung von Mann und Frau (Art.3 Abs.2 GG) - und damit dem Vater den Stichentscheid nahm. - Es kann hier nicht näher auf dieses Urteil eingegangen werden, ebenso nicht auf das Gleichberechtigungsinteresse der Eheleute, wie es in dem Urteil behandelt wurde. Die vorliegende Fragestellung zeigt jedoch, daß sich ein konsequentes Gleichberechtigungsinteresse nicht selten in einer Beeinträchtigung von Ehe und Familie (Art. 6 Abs.1 und 2 GG) und des wohlverstandenen Interesses des Kindes auswirkt und damit letztlich zu einer Schwächung der Familie führen kann. Das BVerfG aaO. hat jedoch die Einheit der Familie und das Kindeswohl (Art.6 Abs.1 und 2 GG) nicht als übergreifende verfassungsrechtliche Gesichtspunkte gegenüber dem Gleichberechtigungsinteresse von Mann und Frau anerkannt.

Im folgenden soll lediglich in Anlehnung, nicht in Befolgung gewichtiger Stimmen im Schrifttum, die die Verfassungsmäßigkeit des § 1628 BGB n.F. weiterhin bejahen²⁾, dem wohlverstandenen Interesse des Kindes ein annähernd ebenso großes Gewicht gegeben werden wie dem Gleichberechtigungsinteresse von Mann und Frau in der Ehe.

Dieses Kindesinteresse, für das Schutz, Stärkung und Sicherheit der Familie lebensnotwendig ist, muß trotz Art.3 Abs.2 GG auf einer ähnlich hohen Stufe stehen wie das Gleichberechtigungsinteresse, das wegen des allzu konsequenten Verständnisses des Gleichberechtigungsgrundsatzes des Art.3 Abs.2 GG zu einer Schwächung der Familie führen kann. - Das schutzwürdige Interesse der ehelichen Kinder, das von Knöpfel³⁾ als "Drittinteresse" bezeichnet wird, darf unter dem schwierigen Problem der Gleichbe-

1) in NJW 1959, 1483 = FamRZ 1959, 416.

2) siehe die lange Reihe der Vertreter und Gerichte dieser Auffassung bei Bosch, "Grundsatzfragen des Gleichberechtigungsgesetzes vor dem BVerfG" in FamRZ 1959, S.265; vgl. denselben auch dort auf S.406; besonders sei auf Schwoerer an den bei Bosch zitierten Stellen und in NJW 1959, S.2089, auf Wahl, "Zur Verfassungsmäßigkeit des Stichentscheids des Vaters" in FamRZ 1959, S.305, Mattern, "Zum Stichentscheid" in FamRZ 1959, S.405, Arnold in FamRZ 1959, S.425 hingewiesen; vgl. auch Beitzke: "Die elterliche Gewalt nach dem Urteil des BVerfG" in J¹ 1959, S.401 ff.

3) "Die Gleichberechtigung von Mann und Frau" in NJW 1960, S.558.

rechti gung nicht leiden. - Mit Recht weist Knöpfel¹⁾ darauf hin, daß die elterliche Gewalt allein um des Kindes willen da ist, "also den Eltern nicht oder nur in letzter Linie im eigenen Interesse verliehen" ist. Daraus folgt, daß das Wohl des Kindes vorgehen muß, d.h. die Interessen der Kinder müssen der Interessenverteilung zwischen den Eltern vorgehen.

Mit der Einschaltung des Vormundschaftsgerichts bei Meinungsverschiedenheiten tritt eine Ungleichbehandlung der Eltern ein, weil dem Willensentschluß des einen Elternteils zugunsten des anderen zum Siege verholfen wird. Eine solche Ungleichbehandlung entspricht aber dem "Drittinteresse" des gemeinsamen Kindes mehr als die Gleichbehandlung der Eltern.

Wenn also das Kindesinteresse in diesem Sinne als vorrangig betrachtet wird, dann ergibt sich die unabdingbare Notwendigkeit vormundschaftsgerichtlicher Entscheidung bei Uneinigkeit der Eltern in den für die gedeihliche Entwicklung des Kindes lebenswichtigen Fragen. - Hier kann es nicht mit der in § 1627 BGB festgelegten Einigungspflicht der Eltern und ihrer Pflicht zur Verständigung sein Bewenden haben. Eine Nichteinigung in lebenswichtigen Fragen des Kindeswohles kann auch bei sonst gewissenhaften Eltern vorkommen.

Wenn davon ausgegangen wird, daß die ganz überwiegende Meinung mit dem einen oder anderen Vorbehalt²⁾ dem Vormundschaftsgericht Entscheidungsbefugnisse zuerkennt, so gehen doch die Rechtsauffassungen über die Voraussetzungen und den Inhalt der vormundschaftsgerichtlichen Entscheidung deshalb weit auseinander, weil verschiedene Gesetzesanalogien herangezogen werden.

Eine grundsätzliche Erörterung der Frage, welche Vorschrift im Wege der Rechtsanalogie - es kommen in Betracht: § 1666, §§ 1797, 1798, § 1632 Abs.2 BGB und § 2 Abs.2,3 RelKErzG. - am ehesten

1) aaO., S.558.

2) vgl. Beitzke in Lb., 10.Aufl., § 26 I, 3 = S.148,149; derselbe mit dem zit. Beitrag in JR 1959, 401/403; Lehmann, 3.Aufl., S.165; Genzmer, "Gleichberechtigung und elterl. Gewalt" in MDR 1960, 881,883; Erdsiek, "Umwelt und Recht" in NJW 1959, 2007 ff; zur Rechtsprechung siehe Soergel-Siebert-Lange IV, § 1628 Anm.18; Donau in Staudinger, Komm.10/11. Aufl., Bd.IV, Teil 3, Lfg.2, § 1628, Anm.22 ff.

eine Gleichheit der Interessenlage und des Normzwecks (ratio legis) erkennen läßt, würde den Rahmen der vorliegenden Thematik sprengen.¹⁾ - Wichtig ist im vorliegenden Zusammenhang nur die Frage, ob das Vormundschaftsgericht bei Uneinigkeit der Eltern in dem besonderen Fall der Gewährung von FEH eine Entscheidung treffen darf, die gesetzlich nicht geregelt ist, aber im Kindesinteresse von ganz besonderer Bedeutung sein kann.

Diese Frage ist für den Fall zu bejahen, daß sich ein Elternteil der Einwilligung zur Gewährung von FEH widersetzt, obwohl eine ernsthafte Gefährdung des Kindeswohls - als Mindestvoraussetzung nach dem Urteil des BVerfG vom 29.7.1959 aaO. - gegeben ist, die Eltern bereits einen ernsthaften Einigungsversuch unternommen haben und das Kindeswohl wegen sonst drohender Anordnung der FE eine Entscheidung erfordert. -

Schließlich bleibt noch die Frage zu beantworten, worin in diesem Fall die Entscheidung des Vormundschaftsgerichts zu bestehen hat, die erst auf Antrag eines Elternteils ergehen kann, weil ein Einschreiten von Amts wegen nicht zulässig wäre.

Es bestünde zunächst die gedankliche Möglichkeit, daß die nicht erteilte Zustimmung des ablehnenden Elternteils durch die Entscheidung des Vormundschaftsgerichts ersetzt wird. Das würde schon praktisch zu einem wenig befriedigenden Ergebnis führen, denn der ablehnende Elternteil, dessen Zustimmung zur Gewährung ersetzt würde, könnte unmittelbar nach der Einleitung der FEH von seinem Aufhebungsrecht nach § 75 Abs.3 JWG Gebrauch machen, und so wäre die FEH schnell zu Fall gebracht.

Der richtige Weg besteht darin, daß dem Vormundschaftsgericht in diesem Fall eine sog. "Kompetenz-Kompetenz"²⁾ zuerkannt wird,³⁾

- 1) Es soll auf die schwedische Lösung - Entscheidung des VG bei Erfüllung des objektiven Tatbestandes des § 1666 BGB (vgl. BVerfGE v.29.7.1959 in FamRZ 1959,421) - und auf die entschiedene Ablehnung der anal.Anwendung des § 1666 in der jetzt geltenden Fassung u.a.bei Arnold in FamRZ 59, 428 hingewiesen werden.
- 2) vgl.hierzu Arnold in dem zit.Beitrag in FamRZ 1959, S.428,429 und ausdrücklich so auch Bosch, "Zum Urteil des BVerfG v.29. Juli 1959" in FamRZ 1959, S.416.
- 3) Eine solche Entscheidung (Kompetenz-Kompetenz) des VG kann jedoch dann nicht ergehen, wenn eine eigene, unersetzbare Entscheidung der Eltern vom Gesetz verlangt wird, wie z.B. die Einwilligung zur Volljährigkeitserklärung nach § 4 Abs.2 Satz 1 BGB; vgl.hierzu u.a. LG Deggendorf-Beschluß vom 10.1.1962 in FamRZ 1962, S.126; LG Fulda vom 5.4.1957 in FamRZ 1960, S.281.

d.h. die eigentliche Entscheidung zur Sache darf der Richter nicht treffen.¹⁾ Diese verbleibt unter Beachtung des Art.6 Abs.1 und 2 GG innerhalb der Familie.²⁾

Folglich wird der Richter nur eine Entscheidung zu treffen haben, "welchem Elternteil die Entscheidung zustehen soll".³⁾⁴⁾ Dabei stellt sich allerdings die Frage, ob es sich bei dem Antrag der Eltern nach § 63 JWG um eine eigene unersetzbare Entscheidung der Eltern handelt. So fordert z.B. das Gesetz im Rahmen des § 4 Abs.2 Satz 1 BGB in Beziehung auf die den Eltern zugedachte Volljährigkeitseinwilligung eine unersetzbare Entscheidung der Eltern (arg.§ 4 Abs.2 Satz 1 und 2 BGB). § 63 JWG fordert aus seinem Wortlaut und Sinn im Gegensatz zu § 4 Abs.2 BGB nicht eine derart unersetzbare Entscheidung. § 63 JWG ist vielmehr dem § 3 Abs.3 EheG verwandt, nachdem die elterliche Einwilligung durch vormundschaftsgerichtliche Entscheidung ersetzt werden kann. Darüber hinaus ersetzt der Vormundschaftsrichter im Falle des § 63 JWG nicht eine unersetzbare Entscheidung durch eine eigene Entscheidung zur Sache, sondern er bestimmt nur, welchem Elternteil die Entscheidung zustehen soll.

Diese Entscheidung findet ihre Grundlage in der rechtsanalogen Anwendung des § 1632 Abs.2 BGB und des § 2 Abs.3 i.V. mit Abs.2 Rel KERz.G. Diese beiden Vorschriften enthalten gemeinsam den Grundsatz, daß das Vormundschaftsgericht zum Wohle des Kindes bei

1) so Lehmann, Lb.3. Aufl., § 25 II, =S.165; OLG Ffm., Beschl. vom 15.1.1960 in FamRZ 1961, S.125; AG Hamburg v.30.6.1960 in FamRZ 1961, S.123.

Weitere ausführliche Nachweise für diese Auffassung finden sich bei: Donau in Staudinger-Komm. Bd. IV, Teil 3, Lieferung 2, Familienrecht, 70/11. Aufl., § 1628, Anm. 22. Donau aaO., hält diese Ansicht in seiner Ausschließlichkeit für wenig sinnvoll. Es gäbe Fälle, in denen das VG selbst entscheiden müsse, so, wenn ein Elternteil "kumulative" Bedenken gegen die Auffassung des anderen vorträgt. - Hier wird jedoch nicht genügend berücksichtigt, daß im Verhältnis von Staat und Familie zugunsten letzterer das Subsidiaritätsprinzip gilt.

2) so schon Bosch in FamRZ 1959, S.416 unter V, b)8.

3) nach AG Hamburg v.30.6.1960 in FamRZ 1961, S.123; Beitzke, Lb. 10. Aufl., § 26 I, 3 = S.149.

4) Das OLG Ffm. in FamRZ 1961, S.125 (2. Leitsatz) hat die Entscheidung des Vormundschaftsrichters dahingehend formuliert, daß dieser "nur die Wahl (hat), dem einen oder anderen Ehegatten zuzustimmen." Diese Formulierung ist mit dem Grundsatz der "Kompetenz-Kompetenz" nicht identisch, denn dieser überläßt dem Elternteil, der zur Entscheidung berufen ist, den Inhalt seiner Entscheidung, während die "Zustimmung" (nach dem OLG Ffm. aaO.) ihn auf eine einmal getroffene Entscheidung festlegt.

Meinungsverschiedenheiten der Eltern zu entscheiden hat. Damit ist bei beiden Vorschriften eine Gleichheit der Interessenlage und des Normzwecks (ratio legis) im Hinblick auf den konkreten Fall der Uneinigkeit bei Gewährung von FEH gegeben. Daher erscheint hier eine gesetzeseanaloge Anwendung dieser Vorschriften am geeignetsten.¹⁾

Als Ergebnis ist festzuhalten, daß bei Uneinigkeit der Eltern hinsichtlich der Einleitung der FEH die Möglichkeit besteht, durch vormundschaftsgerichtliche Entscheidung einem Elternteil das alleinige Entscheidungsrecht in allen die Einleitung, Durchführung und Aufhebung der FEH betreffenden Angelegenheiten zu-
zuerkennen.

Hierbei ist darauf zu achten, daß der antragstellende Elternteil seinen Antrag umfassend genug stellt, d.h. daß ihm die alleinige Entscheidungsbefugnis sowohl hinsichtlich der Einleitung (Antrag auf Gewährung) und Durchführung (Einwirkungsbefugnisse nach § 3 JWG) als auch hinsichtlich der Aufhebung (Widerruf nach § 75 Abs.3 JWG) zuerkannt wird. Wenn das Vormundschaftsgericht einem Elternteil die Kompetenz-Kompetenz zu dem "Antrag auf Gewährung" nach § 63 JWG erteilen würde, dann würde eine solche Entscheidung, wie schon erwähnt, zu einem wenig befriedigenden Ergebnis führen, weil der andere Elternteil dann alsbald nach der Einleitung der FEH von seinem Widerrufsrecht nach § 75 Abs.3 JWG Gebrauch machen könnte. Damit wäre die Durchführung der FEH ständig in Frage gestellt. Um das zu vermeiden, muß der Vormundschaftsrichter darauf hinwirken, daß der die FEH befürwortende Elternteil einen erschöpfenden Antrag stellt. Ihn trifft hierbei eine richterliche Aufklärungspflicht in entsprechender Heranziehung des Rechtsgedankens des § 139 Abs.1 ZPO.

Wenn auch im Falle einer "Kompetenz-Kompetenz"-Entscheidung des Vormundschaftsrichters die Freiwilligkeit nicht in dem Maße gewährleistet ist, wie sie der Gesetzgeber im Normalfall von den Personensorgeberechtigten voraussetzt (§§ 62,63 JWG), so wird das Prinzip der Freiwilligkeit bei einer solchen Lösung doch mehr respektiert, als das bei einer notfalls anzuordnenden FE der Fall sein könnte.

1) siehe die ausführliche Begründung zum zitierten Beschluß des AG Hamburg in FamRZ 1961, S.123 ff.

d) Die Rechtslage bei Scheidung, Aufhebung und Nichtigkeitserklärung der Ehe der Eltern.

Hat das Vormundschaftsgericht nach § 1671 BGB bestimmt, welchem Elternteil die elterliche Gewalt über ein gemeinsames Kind zustehen soll, ist dieser Elternteil ausschließlich berechtigt, den Antrag nach § 63 JWG zu stellen. Hat das Vormundschaftsgericht nur die Personensorge nach § 1671 Abs. 4 einem Elternteil oder nach § 1671 Abs. 5 einem Pfleger übertragen, dann ist nur dieser Elternteil bzw. der Pfleger antragsberechtigt. Ist die Sorge für die Person und das Vermögen des Kindes einem Vormund nach § 1671 Abs. 5 übertragen worden, ist der Vormund unter Ausschluß beider Eltern allein antragsberechtigt.

e) Die Rechtslage bei dauerndem Getrenntleben der Eltern.

Leben die Eltern nicht nur vorübergehend getrennt, kann ein Elternteil nach § 1672 in Verbindung mit den entsprechend anzuwendenden Vorschriften des § 1671 Abs. 1 bis 4 BGB die Entscheidung des Vormundschaftsgerichts beantragen, welchem Elternteil die volle elterliche Gewalt oder nur die Sorge für die Person übertragen werden soll. Dieser Elternteil ist dann allein antragsberechtigt. Wird ein Antrag nach § 1672 BGB nicht gestellt, gelten die Ausführungen unter I a) bis c) auf Seite 79 bis 88.

f) Die "Gewährung" der FEH ohne Antrag der Eltern.

In der Praxis wird der Fall, daß die FEH ohne jeglichen Antrag der Eltern bzw. der Personensorgeberechtigten gewährt und durchgeführt wird, selten vorkommen.

Von größerer Bedeutung ist die Frage, wie die Rechtslage zu beurteilen ist, wenn ein unwirksamer Antrag der Eltern oder des alleinsorgeberechtigten Elternteils vorliegt.

Es ist bereits festgestellt worden,¹⁾ daß der nach Prüfung der sachlichen Voraussetzungen (§ 62 JWG) zu erlassende günstige Bescheid (Bewilligungsbescheid) ein Verwaltungsakt ist, dessen Besonderheit darin besteht, daß die Zustimmung der Personensorgeberechtigten einen normativen Bestandteil desselben darstellt. Daraus folgt, daß ein wirksamer Antrag der bzw. des Personensorgeberechtigten erst die rechtliche Voraussetzung für seinen Erlass ist. Fehlt ein solcher Antrag, so kann nicht von einem Bewilligungsbescheid i.S. eines "mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsaktes" oder von einem "zustimmungsbedürftigen Verwaltungsakt" gesprochen werden. Hier stellt sich die Frage, ob ein solcher "Bewilligungsbescheid" anfechtbar oder nichtig ist. Die Erforderlichkeit des Antrags in § 63 JWG ist nicht nur für einen Sonderfall einer im übrigen zur freien Initiative der Verwaltung des LJA stehenden Materie bestimmt. Das Verwaltungshandeln des LJA wird vielmehr durch § 63 JWG ausnahmslos von der endgültigen Mitwirkung, d.h. Antragstellung der Personensorgeberechtigten, abhängig gemacht. Weil der Gesetzgeber in § 63 JWG dem gültigen Antrag ein so starkes Gewicht beimißt, kann ein günstiger Bescheid ("Bewilligungsbescheid") ohne vorgängige Antragstellung nur als nichtig betrachtet werden²⁾, obwohl im allgemeinen zustimmungsbedürftige Verwaltungsakte ohne Antrag nur schwebend unwirksam sind.

1) siehe oben, S. 68

2) so im Ergebnis Forsthoff, Lb.I, 7. Aufl. 1958, S.195 ff., der sich u.a. auf die ausgedehnte Rechtssprechung des Preußischen Oberverwaltungsgerichts und des Reichsgerichts stützt (Forsthoff aaO., S. 195, Fußnote 6), sowie W. Jellinek "Verwaltungsrecht", 1. Auflage 1928 S. 263 und 243 ff. ; Otto Mayer "Deutsches Verwaltungsrecht",

Nur wenn das LJA bei der Gewährung von FEH grundsätzlich seiner eigenen Initiative folgen dürfte und nur unter besonderen Umständen eine Mitwirkung der Personensorgeberechtigten stattfinden hätte, würde das Fehlen eines gültigen Antrags lediglich die Anfechtbarkeit nach sich ziehen. Das ist jedoch bei der Gewährung von FEH nicht der Fall. Daher ist der Akt der "Gewährung" von FEH ohne gültigen Antrag des bzw. der Personensorgeberechtigten nichtig. Das LJA hat demzufolge zu keinem Zeitpunkt ein Aufenthaltsbestimmungsrecht nach § 71 Abs.1 Satz 1 JWG. Ist der Minderjährige z.B. in einem Heim schon untergebracht, so bedürfen die Eltern bzw. der alleinpersonensorgeberechtigte Elternteil nicht des Widerrufs nach § 75 Abs.3 JWG; es genügt die Geltendmachung des Herausgabeanspruchs (*fili vindicatio*), § 1632 BGB.

Wurde FEH ohne gültigen Antrag "gewährt" und der Minderjährige einem Heim oder einer Familie zugeführt, so ist dem Minderjährigen damit die tatsächliche Leistung der FEH zugute gekommen, und es handelt sich insofern nicht um ein "nullum". Diese Feststellung ist bedeutsam für die Kostenfrage nach § 85 Abs.1 JWG. Allerdings muß bei der Prüfung der Frage, inwieweit es den Eltern zuzumuten ist, zu den Kosten beizutragen, der Umstand berücksichtigt werden, in welchem Maße es die Ausführungsbehörde unterlassen hat, die Gültigkeit des Antrages gründlich zu prüfen. Bei groben Fehlern der Ausführungsbehörde im Gewährungsverfahren wird es den Eltern in der Regel nicht zuzumuten sein, zu den Kosten beizutragen.

2.Band, 3.Aufl. 1924, S.150/151 hielt einen sonst fehlerfreien Verwaltungsakt selbst dann für gültig, wenn der vorgeschriebene Antrag des Betroffenen (Beamtenverhältnis) nicht vorlag. Diese Ansicht kann heute zu Recht als überholt gelten.

II. Der Rechtsanspruch auf Gewährung der FEH.

Hier stellt sich die Frage, ob die Einleitungsbehörde - in der Regel also das LJA - dem von den Sorgeberechtigten gestellten Antrag entsprechen muß.

Diese Frage war in den obigen Ausführungen schon im Vorgriff ohne Bedenken bejaht worden. - Die gesetzliche Terminologie des § 62 JWG spricht eindeutig dafür; das Gesetz hätte anderenfalls die Formulierung "kann gewähren" gewählt. - Aus der Stellungnahme der Bundesregierung gegen einen Abänderungsvorschlag des Bundesrates - dieser hatte im ersten Wahlgang vorgeschlagen, die Worte "ist FEH zu gewähren" durch die Worte "kann auf Antrag FEH gewährt werden" zu ersetzen, - geht hervor¹⁾, daß es sich hier nicht um eine "Kannleistung" handelt. - Die Bundesregierung, deren Entwurf sich in diesem Punkt durchsetzte, wollte der Behörde über die sachlichen Voraussetzungen des § 62 JWG hinaus keinen weiteren Ermessensspielraum ohne näherer Umgrenzung gewähren.

Hiernach ist eine Rechtspflicht zur Gewährung der FEH aber immer nur anzuerkennen, wenn die sonstigen Voraussetzungen für die Gewährung der FEH, §§ 62, 63 JWG, gegeben sind. Dem LJA bleibt dann immer noch genügend Spielraum, z.B. bei der Beurteilung des ernsthaften Mitwirkungswillens der Eltern bzw. der Sorgeberechtigten. - Bezüglich der Anerkennung des Rechtsanspruchs auf Gewährung von FEH bestehen, soweit ersichtlich, in der Literatur²⁾ keine Bedenken.

a) Zweifelhaft könnte jedoch sein, ob die Personensorgeberechtigten - in der Regel also die Eltern - Rechtsträger dieses Anspruchs sind oder der betroffene Minderjährige.

Nach Jans-Happe³⁾ haben die antragstellenden Personensorgeberechtigten bei Vorliegen der Voraussetzungen der §§ 62, 63 JWG einen Rechtsanspruch auf Gewährung.

1) vgl. BT-Drs. 2226 aaO., S. 45 zu § 62.

2) vgl. hierzu u.a. Krug, § 62, Anm. 1; Jans-Happe, § 62, Anm. 6; Riedel, 3. Aufl., § 62 Anm. 2; Staudinger-Göppinger, Komm. Bd. IV, 10./11. Aufl., § 1666 Anhang, Bem. 154.

3) aaO., § 62, Anm. 6.

Das Gesetz sagt in § 62 JWG jedoch: " Einem Minderjährigen der ... ist FEH zu gewähren, wenn ...". Daraus kann entnommen werden, daß der Minderjährige hier aktivlegitimiert ist und den Eltern nur ein Rechtsreflex zukommt.- Aus dem erwähnten Änderungsvorschlag des Bundesrates und der darauffolgenden Stellungnahme der Bundesregierung geht eine andere Deutung nicht hervor. Zur Stützung dieser Ansicht kann noch auf § 1 Abs. 3 JWG hingewiesen werden. Das in § 1 Abs. 3 JWG inhaltlich enthaltene Recht des Kindes auf öffentliche Jugendhilfe, das im Gegensatz zu dem nur einen Programmsatz darstellenden Recht auf Erziehung des § 1 Abs. 1 JWG steht, erhält durch die Vorschrift des § 62 JWG eine konkrete Ausgestaltung dergestalt, daß § 62 JWG i.V. mit § 1 Abs. 3 JWG unter den gegebenen Voraussetzungen ein subjektiv-öffentliches Recht des Minderjährigen begründet.

Die Kommentare zu § 62 JWG lassen die oben gestellte unbeantwortet. Es könnte mit den oben dargelegten Gründen also die Ansicht vertreten werden, daß nur der Minderjährige als Rechtsträger des Anspruchs auf Gewährung von FEH in Betracht kommt, wenn die Voraussetzungen - Gefährdung oder Schädigung der leiblichen, geistigen oder seelischen Entwicklung eines noch nicht 20 Jahre alten Minderjährigen, sowie Gebotensein der Maßnahme, Förderungsbereitschaft und schriftlicher Antrag beider Sorgeberechtigten - gegeben sind. Dieses Ergebnis erfährt jedoch trotz der gesetzlichen Formulierung in § 62 JWG dadurch eine Änderung, daß es sich bei der elterlichen Gewalt um ein den Eltern zu eigenem Recht zustehendes Recht handelt, das diese im Interesse des Kindes ausüben. § 1 JWG spricht zwar nur von den "Rechten" des Kindes, dennoch haben die Eltern ein Recht darauf, daß ihrem Kinde Erziehungshilfe gewährt wird. Es handelt sich daher um ein eigenes Recht der Eltern, das sie für das Kind wahrnehmen und nicht um einen Rechtsreflex. Dem steht auch nicht entgegen, daß nur dem Kind als dem Begünstigten die Wirkung zugute kommt. Mithin handelt es sich in § 62 JWG um einen Rechtsanspruch der Personensorgeberechtigten zugunsten ihres Kindes.

b) Die Ablehnung des Antrags der Sorgeberechtigten durch das LJA bzw. die sonst zuständige Stelle ist ein Verwaltungsakt. Gegen diese Entscheidung haben die sorgeberechtigten Eltern für das Kind dreierlei Möglichkeiten des Vorgehens:

⌋) Der Rechtsbehelf der einfachen Gegenvorstellung (Remonstration)

Hier handelt es sich um einen nicht förmlichen Rechtsbehelf, der an die ablehnende Behörde zu richten ist. Diese formlose Einwendung der Eltern ist jederzeit möglich. Ob sich die Behörde auf die Gegenvorstellung hin gegenüber den Eltern äußern muß, hängt von allgemeinen Verwaltungsvorschriften ab. Es wird den Eltern jedoch wenigstens eine Antwort zu geben sein. Eine weiterhin ablehnende Antwort wird nicht erneut als Verwaltungsakt betrachtet werden können, sondern lediglich als Wissenserklärung der Behörde.

β) Die Dienstaufsichtsbeschwerde, die den Sinn hat, sich über Maßnahmen einer unteren Instanz bei der höheren zu beschweren, kann nur dann eingelegt werden, wenn eine übergeordnete Behörde vorhanden ist¹⁾.

Für diese Art der Beschwerde, die auch allgemein Verwaltungsbeschwerde genannt wird, bestehen keine besonderen Formvorschriften. Sie kann daher frist- und formlos und darüber hinaus auch unabhängig von möglichen formellen Rechtsbehelfen eingelegt werden.

Der auf die Beschwerde hin zu erlassende Bescheid kann die Beschwerde zurückweisen oder in bestimmten Fällen eine neue Sachentscheidung treffen, falls die höhere Behörde nicht lediglich die Rechtsaufsicht ausübt. Auf die Dienstaufsichtsbeschwerde hin kann eine Weisung an die untere Behörde ergehen.

) Der sicherste Weg ist die Beschreitung des Verwaltungsgerichtswegs nach Erhebung des Widerspruchs im besonderen Vorverfahren, §§ 68 Abs. 1,2; 74 Abs. 1,2 VwGO.

1) so ist z.B. in Bayern das LJA, in Hessen der Landeswohlfahrtsverband übergeordnete Behörde (vgl. die Verordnungen vom 15. Oktober 1965, GVBl. Seite 232, sowie § 3 des Gesetzes über die Mittelstufe der Verwaltung u. des LWV Hessen v. 7. Mai 1953, GVBl. Seite 93), sonst in der Regel der Fachminister.

III. Die Elternrechte im verwaltungsgerichtlichen Verfahren

1. Vorbemerkung:

Es erhebt sich die Vorfrage, ob die Eltern im verwaltungsgerichtlichen Verfahren die Möglichkeit haben, aus eigenen Rechten vorzugehen.

Nach § 42 Abs. 2 VwGO ist ein verwaltungsgerichtliches Vorgehen der Eltern im eigenen Namen dann zulässig, wenn sie geltend machen können, durch den ablehnenden Verwaltungsakt in ihren Rechten verletzt zu sein. Fraglich ist hier, ob die Eltern mit Recht behaupten könnten, in ihrer Rechtsposition (Erziehungsrecht-Erziehungspflicht) durch den Erlass eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes beeinträchtigt zu sein. Eine Rechtsbeeinträchtigung liegt dann vor, "wenn rechtlich geschützte Interessen geschmälert sind".¹⁾ Rechtlich geschützt ist ein Interesse dann, wenn eine Rechtsnorm (in Betracht kommt § 62 JWG) nicht lediglich dem Allgemeininteresse, sondern auch dem Individualinteresse dienen will.²⁾ Die Vorschriften über die Gewährung der FEH wollen zwar dem Individualinteresse dienen, aber nicht in erster Linie dem der Eltern, sondern dem des Minderjährigen. Weil die FEH unmittelbar um des Minderjährigen willen und nur mittelbar wegen der Eltern gewährt und durchgeführt wird, könnte hier von einem Rechtsreflex³⁾ für die Eltern gesprochen werden. Dem steht jedoch entgegen, daß die Eltern auch bei der Beantragung von FEH ein eigenes Recht ausüben, das sie im Interesse des Kindes geltend machen. Insofern haben die Eltern nicht nur einen mittelbaren Anspruch darauf, daß ihrem Kind Erziehungshilfe gewährt wird, sondern sie sind selbst aktivlegitimiert.

2. Das bei Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen nach § 68 VwGO vorgeschriebene besondere Vorverfahren mit der Erhebung des "Widerspruchs" bezweckt die Nachprüfung von Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit des Verwaltungsaktes außerhalb des Gerichts, § 68 Abs. 1 S. 1; Abs. 2 VwGO, und zwar bei der Behörde, die den ablehnenden Verwaltungsakt erlassen hat.⁴⁾ Nach § 73 VwGO ergeht ein Wider-

1) zit. nach Eyermann-Fröhler, Komm.z.VwGO 1960, § 42 Anm. 97.

2) vgl. hierzu die Definition des BVerwG v. 31.I.1958 in BVerwGE 6, 169.

3) zur Definition dieses Begriffes vgl. Eyermann-Fröhler, 3. Aufl., § 42, Rdnr. 96.

4) Näheres über Form und Frist in den §§ 69, 70 i.V. mit 58 VwGO.

spruchsbescheid, wenn dem Widerspruch nicht abgeholfen wird. In der sich anschließenden Klage können die Eltern gegebenenfalls folgende Rechte geltend machen:

3. Der ablehnende Verwaltungsakt beeinträchtigt im Einzelfalle die Rechtsposition der Eltern und des Kindes, wenn die Ablehnung der Gewährung von FEH rechtswidrig ist.

Hier müßten logischerweise Anfechtungs- und Verpflichtungsklage zusammen erhoben werden: die Anfechtungsklage, um den die Gewährung von FEH ablehnenden Verwaltungsakt zu beseitigen, die Verpflichtungsklage, um den begehrten Verwaltungsakt (Gewährung von FEH) tatsächlich zu erreichen. Diese Verbindung ist jedoch nicht erforderlich, was sich aus § 42 Abs. 1 und besonders aus § 113 Abs. 4 VwGO ergibt. Allein die Verpflichtungsklage ist am Platze. Ihr kommt Doppelcharakter zu. Sie ist nämlich Leistungsklage insofern, als sie auf den begehrten Verwaltungsakt der Gewährung von FEH gerichtet ist, und Gestaltungsklage, als sie die Beseitigung des ablehnenden Bescheids verfolgt. In dem Verpflichtungsantrag ist ein Aufhebungsantrag als ein minus enthalten, so daß neben einer Verpflichtungsklage nicht noch zusätzlich eine Anfechtungsklage erhoben zu werden braucht. Soweit die Ablehnung der Gewährung rechtswidrig war und die Eltern und der Minderjährige dadurch in ihren Rechten verletzt sind, wird die Behörde durch das Verwaltungsgericht dazu verpflichtet, den beantragten Verwaltungsakt zu erlassen, wobei die Behörde an die Rechtsauffassung des Gerichts gebunden ist, § 113 Abs. IV VwGO. Wenn also die Erziehungsbehörde (i.d.R. das LJA) die Gewährung der FEH ausdrücklich ablehnt und die Eltern durch das Gericht die Aufhebung des ablehnenden Bescheids sowie die Verpflichtung zur Vornahme des beantragten Verwaltungsaktes aussprechen lassen wollen, ist es nicht erforderlich, daß die Anfechtungs- und Verpflichtungsklage gemeinsam erhoben werden.¹⁾

Wenn die Eltern jedoch lediglich die Anfechtungsklage erheben würden - und ihr stattgegeben würde - dann können sie nur die Aufhebung des ablehnenden Bescheids erreichen. Dann muß die Behörde über den durch die Eltern bei ihr eingereichten Antrag auf Gewährung von FEH erneut entscheiden, ohne allerdings vom Verwaltungsgericht dazu verpflichtet worden zu sein, und zwar unter

1) vgl. hierzu Bachof, "verwaltungsgerichtl. Klage...", S.57; Klinger, Komm. z.VwGO 1960, § 42, Anm. A1); Eyermann-Fröhler, 3. Aufl., § 42, Anm. 10.

Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts.¹⁾

Es empfiehlt sich daher, von der Verpflichtungsklage = "Weigerungsklage"²⁾ Gebrauch zu machen.

Rechtswidrig ist die Ablehnung der Gewährung von FEH, wenn die Behörde bei Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen die Maßnahme nicht getroffen hat, die sie nach § 62 JWG hätte treffen müssen, weil sie rechtlich gebunden war. - Ob die tatbestandlichen Voraussetzungen vorlagen, d.h. ob die Behörde den Sachverhalt in der richtigen Weise unter die gesetzlich festgelegten Tatbestandsmerkmale subsumiert hat, kann fraglich sein.

Die tatbestandlichen Voraussetzungen - einmal leibliche oder geistige oder seelische Entwicklungsgefährdung oder -schädigung, zum anderen Gebotensein der Maßnahme (zur Abwendung der Gefahr oder zur Beseitigung des Schadens) und schließlich die Förderungsbereitschaft (der Personensorgeberechtigten bei der Durchführung) - lassen die Frage entstehen, ob die Anwendung dieser Voraussetzungen auf einen bestimmten Sachverhalt ein echter Subsumtionsvorgang ist und ob damit unbestimmte Rechtsbegriffe vorliegen oder ob hier im Einzelnen Ermessensentscheidungen gegeben sind. - Ob diese in § 62 JWG verwendeten mehr oder weniger unbestimmten Begriffe den Charakter eines Ermessensbegriffs haben, der der Erziehungsbehörde einen selbständigen Beurteilungsspielraum überlasse, oder ob es sich um "unbestimmte Rechtsbegriffe" handelt, ist entscheidend dafür, wie weit die Rechtskontrolle des Verwaltungsgerichts gehen darf.

Von einem "unbestimmten Rechtsbegriff" kann dann gesprochen werden wenn das Gericht in der Lage ist, diesen Begriff nach durchschnittlicher sozialer, wirtschaftlicher oder technischer Anschauung mit einem hinreichend bestimmten Rechtsgehalt zu füllen und ihm damit den dem Willen des Gesetzgebers entsprechenden Inhalt zu geben.³⁾ Weil die bei der Gewährung oder Ablehnung der FEH im Einzelfall zu treffende Entscheidung allein durch die

1) siehe Bettermann (in DVBl.1957,S.110) über die Bindungswirkung des verwaltungsgerichtlichen Urteils; Klinger,Komm z. VwGO, § 42 A 2.a; OVG Lüneburg v.4.IV.1955 (in NJW 1956, S.238) Leitsatz unter a).

2) Bachof aaO.,S.57.

3) nach F.Giese, "Grenzen der verwaltungsgerichtlichen Ermessensnachprüfung" in JZ 1952, S.585, mit weiteren Verweisen auf Jellinek und Nebinger (in Fußnote 2).

Unterordnung eines bestimmten Sachverhalts unter die oben genannten Voraussetzungen zu gewinnen ist, bleibt der Erziehungsbehörde keine Möglichkeit mehr, ihr Ermessen walten zu lassen.¹⁾ Das Gericht muß daher die genannten gesetzlichen Begriffe mit einem Rechtsgehalt füllen, der dem Willen allein des Gesetzgebers entspricht, um so einer opportunen Auslegung der Behörde von Fall zu Fall und mit unterschiedlichem Inhalt zu begegnen. Es handelt sich folglich um "unbestimmte Rechtsbegriffe".²⁾

Nach der bisher lange herrschenden Auffassung³⁾ ließ ein Rechtsatz mit unbestimmten Rechtsbegriffen der Verwaltung nicht die Wahl zwischen mehreren Möglichkeiten des Verhaltens, weil nur "eine" Auslegung die richtige sein könne. Daraus wurde die uneingeschränkte verwaltungsgerichtliche Überprüfbarkeit der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe gefolgert.

Dies ist neuerdings besonders von Ule⁴⁾ in Zweifel gezogen worden⁵⁾. Nach der "Vertretbarkeitslehre" von Ule⁶⁾ sind auch beim unbestimmten Rechtsbegriff unter Umständen mehrere Entscheidungen der Behörde als vertretbar anzusehen und daher rechtmäßig. Jeder unbestimmte Rechtsbegriff enthält nach Jesch⁷⁾ einen festen "Begriffskern" und einen "Begriffshof", der einen Beurteilungsspielraum läßt, in dem ein ergänzendes Werturteil über den Sachverhalt möglich ist. Nach dieser neueren Lehre sind rechtlich gebundene Verwaltung und Ermessen nicht scharf zu trennen.⁸⁾ Es bleibt aber die Feststellung, daß die Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe auf einen bestimmten Sachverhalt im

1) in Anlehnung an das BVerwG v.1.III.1957 in BVerwGE 4, S.305, 307.

2) über die Unterscheidung von "unbestimmten Rechtsbegriffen" u. "Ermessensbegriff" vgl. Eyermann-Fröhler, § 114 Anm.11; Forsthoff, 7.Aufl., S.76 ff., v. Turegg-Kraus, 4.Aufl., S.28 ff.; Wolff, Lb.I, 5.Aufl., § 31 = S.140 ff.

3) so z.B. BVerwG v.3.XI.1955 in BVerwGE 2, 295 ff. und v.17.XI.55 daselbst S.324 ff. sowie v.29.II.1956, Bd.3, 187 ff. und v.31.1.1958 in DÖV 58, 703.

4) "Verwaltungsprozeßrecht", 3.Aufl., S.7 ff. und S. 13 ff.

5) auch von Jesch, "Unbestimmter Rechtsbegriff u. Ermessen in rechtstheoretischer und verfassungsrechtl. Sicht" in ArchöR.82 (1957), S.163-249; und Bachof zu BVerwG v.11.10.1956 in DVBl. 1957, 788 ff. (Anmerkung).

6) Ule aaO., S.14 und S.7.

7) Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen - in ArchöR 82, (1957), S.163 ff.

8) Bender ("Allgemeines Verwaltungsrecht", S.120) findet keine zuverlässigen Kriterien für die Unterscheidung zwischen Ermessensbegriff und unbest. Rechtsbegriff und hält eine Unterscheidung für nicht haltbar (bedenklich!).

Rahmen des § 62 JWG ein echter Subsumtionsvorgang ist und sich dadurch wesentlich von der Ermessensentscheidung und dem Ermessensbegriff abhebt.¹⁾ Dadurch bleibt für die verwaltungsrechtliche Nachprüfung einer ablehnenden Entscheidung i.S. des § 62 JWG ein erheblicher Raum, der die Rechte der Eltern gegenüber der erziehungsbehördlichen Entscheidung im verwaltungsgerichtlichen Verfahren nicht gering erscheinen läßt.

4. Außer der Verpflichtungsklage (Weigerungsklage) gegen den die FEH ablehnenden Verwaltungsakt besteht die Möglichkeit der Erhebung der "Untätigkeitsklage", § 75 VwGO, wenn es die Behörde trotz Antrags der Eltern unterlassen hat, in angemessener Frist sachlich zu entscheiden. Das Gericht spricht dann bei Begründetheit der Klage und Spruchreife der Sache die Verpflichtung der Behörde aus, die beantragte Amtshandlung vorzunehmen, § 113 Abs. 4 VwGO. Die beantragte Amtshandlung ist die Gewährung der FEH.

Bei dieser Klage bedarf es nicht des geschilderten Vorverfahrens nach § 68 VwGO. Sie ist frühestens nach Ablauf von drei Monaten seit Antragstellung zulässig, § 75 Satz 2 VwGO. Für sie gelten die Ausführungen zum Rechtsanspruch auf FEH, sowie die Feststellungen unter III, 1., 3. entsprechend.

B Elternrecht und Art. 104 GG bei der Unterbringung des Minderjährigen in FEH - Ausführungsverfahren -

Dem Streit um die Frage, ob zur Unterbringung eines Minderjährigen in einem Heim eine richterliche Entscheidung nach Art. 104 Abs. 2 Satz 1 und 2 GG erforderlich sei, geht der bedeutsame

1) Die hier skizzierte Auffassung wird von Göppinger (in Staudinger Komm., Bd. IV, Teil 3a, Lfg. 3, 10./11. Aufl., § 1666 Anhang, Bem. 154 mit Verweisungen auf Bem. 29 zu § 1666) bestätigt.

Beschluß des BVerfG v.10.II.1960¹⁾ voraus, in dem entschieden wurde, daß eine solche richterliche Entscheidung erforderlich ist, wenn ein Vormund in Ausübung seines Aufenthaltsbestimmungsrechts den volljährigen Entmündigten in einer geschlossenen Anstalt unterbringt. - In dem Beschluß, der für die FEH nur mittelbare Bedeutung hat, wurde ausdrücklich darauf hingewiesen, daß nur die Freiheitsentziehung gegenüber einem volljährigen Entmündigten in Rede steht.

Unter Zugrundelegung dieser Entscheidung wurde das Gleiche in einem Beschluß des OLG Hamm v.26.VIII.1960²⁾ auch für die Anstaltsunterbringung eines minderjährigen geisteskranken Mündels gefordert.

Der Gesetzgeber hat aus dieser Rechtsprechung die Konsequenzen gezogen und im Familienrechtsänderungsgesetz v.11.VIII.1961 durch Schaffung des § 1800 Abs.2 BGB festgelegt, daß auch für den minderjährigen Mündel im Falle der Unterbringung, welche mit Freiheitsentziehung verbunden ist, die richterliche Genehmigung erforderlich ist. - Diese Gesetzesbestimmung kann also besonders bedeutsam werden für den Fall, daß ein Vormund oder Pfleger sein Mündel im Wege der FEH unterbringt, wenn damit konkret eine Freiheitsentziehung für den Mündel verbunden ist. -

Unter Beachtung dieser Bestimmung rücken jedoch für die vorliegende Thematik zwei Fragen in den Vordergrund: Einmal, ob die Unterbringung eines Kindes in einem Heim zu "Erziehungszwecken" überhaupt eine "Freiheitsentziehung" i.S. des Art.104 Abs.2 Satz 1 GG darstellen kann und zum anderen, wenn diese Frage bejaht werden sollte, ob die personensorgeberechtigten Eltern oder die personensorgeberechtigte unverheiratete Mutter für die Unterbringung des Kindes in einem sogenannten "geschlossenen Heim" oder einer ähnlichen Anstalt der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedürfen. - Durch diese Einengung der Fragestellung wird eine generelle Erörterung der Bedeutung des Art.104 GG für die FEH, die in so großem Umfang bisher in der Literatur und der Rechtsprechung behandelt wurde, entbehrlich.

1) in BVerfGE 10, 302 ff. = DVBl.1960, 433 = FamRZ 1960, 186 = NJW 1960, 811.

2) in NJW 1960, S.2239 = FamRZ 1960, 503 = Zbl. 1961, 30.

1. Kann in der Unterbringung eines Kindes zu Erziehungszwecken in einem Heim eine Freiheitsentziehung oder Freiheitsbeschränkung gesehen werden?

Hier muß also geklärt werden, ob dem mit der Unterbringung verfolgten Zweck eine entscheidende Bedeutung zukommt für die Frage, ob eine Freiheitsentziehung i.S. des Art.104 Abs.2 GG (und des § 1800 Abs.2 BGB) vorliegt.

Diese Frage ist in der Literatur ausführlich diskutiert worden. Es wurden hierzu grundsätzlich verschiedene, auch in den Einzelheiten stark voneinander abweichende Meinungen vertreten. Auf alle diese Ansichten einzugehen, würde zu weit führen. Hinsichtlich eines Teils, der bis etwa Mitte 1961 veröffentlicht wurde, muß auf die ausführliche Zusammenstellung der Ansichten in der Entscheidung des AG Hamburg v. 14.Juni 1961¹⁾ verwiesen werden. Ein befriedigendes Resultat wird sich nur erzielen lassen, wenn grundsätzlich geklärt wird, ob Erziehungsrecht und Freiheitsgarantie miteinander kollidieren. - Das Urteil des BVerfG. v.10.II. 1960 (aaO.) hat diese Frage nicht ausdrücklich entschieden, es weist lediglich darauf hin²⁾, daß Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen "echten Erziehungsmaßnahmen und Freiheitsentziehung i.S. des Art. 104 GG entstehen können". Also unterscheidet das Gericht in dieser Hinsicht.³⁾

Das AG Hamburg hat in der Entscheidung vom 14.VI.1961⁴⁾ ausführlich dargelegt, daß eine Freiheitsentziehung i.S.des Art.104 GG bei der FEH nicht gegeben sein könne, weil es sich hierbei um eine echte Erziehungsmaßnahme handle. Dieses Ergebnis wurde allein aus dem Begriff der Freiheitsentziehung und ihrem Verhältnis zur Erziehungsgewalt abgeleitet. Dabei wurde hervorgehoben, daß sich der Minderjährige den Erziehungsberechtigten gegenüber in einer "Doppelrolle"⁵⁾ befinde. Einmal als Mensch und Träger von Grundrechten und somit "auch des in Art.2 GG verankerten Rechts auf

1) in FamRZ 1961, 393 = RdJ 1962, 367.

2) BVerfGE 10, S.327, 328.

3) so auch die Beurteilung von v.Randenborgh, "Die Bedeutung des § 1800 Abs.2 BGB für die FEH" in Zbl.1963, S.41.

4) in FamRZ 1961, 393 ff. = RdJ 1962, 367 ff.

5) AG Hamburg in RdJ 1962, 367 (re.Sp.); dieser Ausdruck wurde schon von Schüler-Springorum "Die Bedeutung des Art.104 GG für die FEH" in FamRZ 1961, 296 ff (297 re.Sp.) verwendet.

persönliche Bewegungsfreiheit, das durch die Verfahrensvorschrift des Art.104 GG besonders geschützt wird." Andererseits sei er aber als "noch werdender, nicht voll entfalteter Mensch" auf die Hilfe Dritter angewiesen. "Diese helfende Funktion 'Erziehung' genannt" sei den Erziehungsberechtigten anvertraut, die diese entsprechend dem Verfassungssatz des Art.6 GG handhaben und somit das Grundrecht des jungen Menschen aus Art.2 Abs.1 GG einschränkten. Art.6 GG sei "verfassungsmäßige Ordnung" i.S.des Art.2 Abs.1 GG und verhindere daher, "daß Maßnahmen, die ausschließlich das Grundrecht auf Erziehung der Kinder verwirklichen, die persönliche Freiheit der Kinder verletzen."

Damit bezieht sich das AG Hamburg ausdrücklich auf Schüler-Springorum¹⁾, nach dessen Ansicht Erziehungsrecht (Art.6 GG) und Freiheitsgarantie (Art.2,104 GG) nicht kollidieren: "... eine Einschränkung der Freiheit in dem durch Art.6 GG geschützten pädagogischen Bereich ist weder "gerechtfertigte" Freiheitsberaubung (§ 239 StGB) noch ausnahmsweise zulässige Freiheitsbeschränkung Art.104 GG), sondern keine tatbestandsmäßige Grundrechtsverletzung."²⁾

Dieser pädagogische Bereich des Art.6 GG spricht aber sowohl von den Eltern (in Abs.2 des Art.6 GG) als auch in dem weiteren Sinn von "Erziehungsberechtigten" (in Abs.3 dieses Artikels). Und so zieht Schüler-Springorum aaO. eine Trennungslinie, indem er zwischen den Personensorgeberechtigten, die Repräsentanten der Eltern sind, und solchen, die Repräsentanten des Staates sind, differenziert. Nur für die letzteren - Amtsvormünder und Amtspfleger wären hier zu nennen - sei das Erfordernis der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung zu bejahen. Danach käme es also auf die Stellung des Erziehers an, der eine solche Maßnahme ergreift, ob Art.104 Abs.2 Satz 1 und 2 GG zur Anwendung kommt oder ob er wegen Art.6 GG entfällt. - Diese Differenzierung gibt nur eine halbe Antwort auf die Frage, ob die Unterbringung zu erzieherischen Zwecken eine Freiheitsentziehung i.S. der Art.2 und 104 GG darstellt. - Aufschlußreich für diese Frage ist die im Regierungsentwurf zur JWG-Novelle von 1961 enthalten gewesene Bestimmung in

1) in FamRZ 1961, S.296 ff.

2) Schüler-Springorum in FamRZ 1961, S.297 (re.Sp.).

§ 71 Abs.2¹⁾, nach der sehr wohl im Bereich der FEH, also bei erzieherischer Zweckerfüllung, von Freiheitsentziehung die Rede war. Diese Vorschrift, die auf Initiative des Bundesrates gestrichen wurde²⁾, hatte auszugsweise folgenden Wortlaut: "Ist mit der Durchführung der FEH eine Freiheitsentziehung i.S. des Art. 104 Abs.2 GG verbunden, so bedarf die Unterbringung der ausdrücklichen Zustimmung der Personensorgeberechtigten ..." In ihrer Stellungnahme zum Streichungs-Vorschlag des Bundesrats stimmte die Bundesregierung unter der Voraussetzung zu, daß eine entsprechende Regelung im Familienrechtsänderungsgesetz verabschiedet würde.³⁾ Damit war der Grundstein zu dem späteren § 1800 Abs.2 BGB gelegt. Diese Vorschrift (§ 1800 II BGB) erweist sich jedoch als umfassender und allgemeiner in ihrer Formulierung als die ursprünglich im Regierungs-Entwurf vorgesehene Fassung, die speziell auf die FEH zugeschnitten war. Auf Grund der Vorgeschichte des § 1800 Abs.2 muß dieser aber so verstanden werden, daß begrifflich "Freiheitsentziehung" auch im Raume der FEH gegeben sein kann. Das hat aber zur Folge, daß diese in bestimmten Fällen der richterlichen Genehmigung unterliegt.

Aus den Ausführungen von Frau Dr.Schwarzhaupt, die als Bericht-erstatte-rin an den Beratungen des Rechtsausschusses des Bundestages teilgenommen hat, geht hervor⁴⁾, daß auch die Einweisung eines Minderjährigen (wenn auch durch den Vormund) in eine geschlossene Anstalt im Rahmen der FEH eine Freiheitsentziehung darstellt und daher genehmigungspflichtig ist. Diese Auffassung war "Ausdruck der Überzeugung, daß nach dem Entscheid der BVerfG⁵⁾ keine andere Möglichkeit mehr bestehe ..." - Eine Einschränkung dafür, aus welchem Grunde dieser Entscheidung zu folgern ist, daß Art.104 GG auch auf die Unterbringung zu Erziehungszwecken anzuwenden sei, läßt die Stellungnahme von Schwarzhaupt allerdings vermissen. Und so tritt auch v.Randenborgh⁶⁾ der von Schwarzhaupt

1) siehe BT-Drs. 2226, S.46 aaO.

2) siehe die Stellungnahme des Bundesrates zum Regier.-Entwurf in BT-Drs.2226, S.40,aaO.

3) siehe BT-Drs.2226,S.46,aaO.

4) in:"Das FamRÄnd.G.von 1961;in FamRZ 1962,S.49 ff,50.

5) gemeint ist der zit.Beschluß v.10.II.1960.

6)"Die Bedeut.des § 1800 II für die FEH" in Zbl.63,S.40 ff.457.

und dem Rechtsausschuß geäußerten Ansicht, daß nach der Entscheidung des BVerfG keine andere Möglichkeit mehr bestehe, entschieden entgegen und führt aus, daß die Entscheidung des BVerfG nicht nur eine andere Möglichkeit zuläßt, "sondern geradezu verlangt". Hierbei wird durch Prüfung des verfassungsrechtlichen Begriffs der Freiheitsentziehung i.S. der Art. 2, 104 GG im Einzelnen die Frage untersucht, ob mit Schaffung des § 1800 Abs. 2 BGB eindeutig festgelegt ist, daß bestimmte Arten der Unterbringung zu Erziehungszwecken der Genehmigung durch den Richter bedürfen. Wie Schüler-Springorum¹⁾ kommt v. Randenborgh zu dem Ergebnis, daß Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG nicht im Verhältnis zwischen Minderjährigen und ihren Erziehungsberechtigten gilt, auch nicht - und hier geht v. Randenborgh weiter als Schüler-Springorum - "sofern diese Erziehungsberechtigten Vormünder oder Personensorgerechtspfleger sind". Die Entscheidungsgründe des BVerfG aaO. stünden dem nicht entgegen (was näher ausgeführt wird)²⁾. Im Ergebnis hat sich auch Schnitzerling³⁾ zu dieser Auffassung bekannt, daß eine Unterbringung zu Erziehungszwecken keine Freiheitsentziehung sei, wobei er unter Berufung auf die erwähnte Entscheidung des AG Hamburg v. 14.VI.1961⁴⁾ darauf hinweist, daß eine solche Unterbringung eine "natürliche Erziehungsmaßnahme" ist.

Die genannte Entscheidung des AG Hamburg, die, wie schon oben erwähnt, von der Prüfung des verfassungsrechtlichen Begriffs der Freiheitsentziehung ausgeht und die nach ausführlicher Begründung zu dem Ergebnis kommt, daß eine Erziehungsmaßnahme in keinem Fall eine Freiheitsentziehung sei, wird auch von Randenborgh⁵⁾ als besonders wertvoll bezeichnet. Wenn dieser Beschluß v.14.VI.1961 auch zeitlich vor der Neuregelung des § 1800 Abs. 2 BGB (FamRÄnd.G.v.11.VIII.1961) ergangen ist, so ist seine ausführliche Begründung hinsichtlich der Problematik der neuen Gesetzesregelung doch bedeutsam. Der Beschluß behält auch angesichts der Geltung des § 1800 Abs. 2 BGB erhebliches Gewicht, weil diese Vorschrift

1) FamRZ 1961, 296 ff.

2) v. Randenborgh in Zbl. 63, S.46,47.

3) "Die Unterbringung des Minderjährigen nach neuem Recht" in RdJ 1962, S.5.

4) FamRZ 1961, 296 ff.

5) Zbl. 63, S. 48.

nichts darüber besagt, was unter Freiheitsentziehung zu verstehen ist. - Darüber hinaus ist die Auffassung von Rauschert¹⁾, der § 1800 Abs.2 BGB für die Unterbringung zu erzieherischen Zwecken nicht für anwendbar hält, nicht ganz von der Hand zu weisen, wenn er behauptet, daß die am 1.1.1962 in Kraft getretene Bestimmung des § 1800 II BGB, pädagogisch gesehen, so undiskutabel ist, "daß sie wieder aufgehoben werden muß". - Damit kann jedoch nicht das Problem gelöst werden, ob bestimmte Unterbringungen bei Ausführung der FEH typische Erziehungsmaßnahmen sind oder auch Freiheitsentziehungen.

Außer den schon aufgezeigten Stimmen, die gegen die rechtliche Annahme von Freiheitsentziehung eingetreten sind, kann noch Schuler²⁾ genannt werden, der - wenn auch vor Inkrafttreten des § 1800 Abs.2 BGB - anhand von einigen einleuchtenden, weil praktischen Beispielen (Einsperren des Kindes als Bestrafung, Hausarrest) nachzuweisen versucht, daß Art.104 GG auf erzieherische Bemühungen keine Anwendung finden könne. - Jans-Happe³⁾ hat Bedenken bei der Annahme, daß jene Erziehung eine tatbestandsmäßige Freiheitsentziehung enthalten soll, die dem Kind erst die Voraussetzungen zu einer freien Entfaltung seiner Persönlichkeit i.S. von Art.2 Abs.1 GG gewährt. Besonders aus dem Wesen der FEH sei ersichtlich, daß diese nicht Freiheitsentzug zur Folge haben könne.⁴⁾ Es erscheint darüber hinaus überzeugend, wenn Jans-Happe die Absicht des Gesetzgebers heranzieht, nach der es gelte, "die gerichtliche Mitwirkung bei zur Mitarbeit bereiten Erziehungsberechtigten auszuschalten." Wenn über § 1800 Abs.2 das Vormundschaftsgericht zur Entscheidung herangezogen werden müsse, so werde diese Absicht vereitelt.⁵⁾ Diese Folgerungen erschienen "widersprüchlich zum Sinn der FEH in ihrer gesetzlichen Regelung."⁶⁾ Riedel⁷⁾ gibt der genannten Entscheidung des AG Hamburg v.14.VI. 1961⁸⁾ Recht. Ausgehend davon, daß die FEH nicht den Charakter

1) in RdJ 1961, S.319, Anm. zu AG Hamburg.

2) "Freiheitsentzug zur Erziehung" in RdJ 1961, 23 ff., 24.

3) JWG-Komm., § 63, 5D.

4) so schon H. Clausen im Jahre 1956 in Mitgl. Rdbr. des AFET. Juni 1956, S. 11, re. Sp.

5) siehe die weitergehende Begründung bei Jans-Happe, = 63, 5 D = S.400.

6) so Jans-Happe, aaO.

7) JWG-Komm., 3. Aufl., § 69, Anm. 6 = S.719.

8) in FamRZ 61, 393 ff.

einer Zwangsmaßnahme hat, hält er die Notwendigkeit der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung für entbehrlich, weil eine Unterbringung dieser Art nicht mit Freiheitsentziehung verbunden sein könne, da bei Widerruf die Entlassung des Kindes unverzüglich erfolgen müsse. Im Einklang mit Jans-Happe wird gefolgert, daß auf dem Umweg über § 1800 Abs.2 der Charakter der Maßnahme der FEH geändert würde. Letzterem muß in seiner grundsätzlichen Bedeutung zugestimmt werden.

Schließlich soll noch auf die Kommentierungen zu § 1800 Abs.2 hingewiesen werden. - Hier stellt Germer¹⁾ fest, daß im Bereich der Erziehung Art.104 Abs.2 GG und § 1800 Abs.2 BGB nicht eingreifen. Die Unterbringung aus erzieherischen Gründen rechtfertige sich aus dem Erziehungsrecht und nicht aus dem Aufenthaltsbestimmungsrecht des Vormundes und bedürfe daher keiner vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung. - In demselben Sinn verfahren Erman-Hefermehl²⁾ sowie Palandt-Lauterbach³⁾ und wohl auch Beitzke⁴⁾.

Sie alle sind der Auffassung - wenn auch ohne die ausführliche Begründung des AG Hamburg aaO. - daß Erziehungsmaßnahmen begrifflich keine Freiheitsentziehung i.S. der Art.2,104 GG enthalten können und daß § 1800 Abs.2 BGB hier keine Anwendung finden kann⁵⁾.

Für die Rechtsprechung weist v.Randenborgh⁶⁾ auf Grund einer Statistik des LJA Rheinland mit Stand vom 15.IX.1962 eine nicht unbedeutende Reihe von amtsgerichtlichen Entscheidungen nach, die - in der Mehrzahl auf den Beschluß des AG Hamburg aaO. auch nach Inkrafttreten des § 1800 II BGB verweisend - eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung nicht für erforderlich halten. Aber auch die Landgerichte Düsseldorf v.10.V.1962⁷⁾ und Detmold v.12.IV.1962⁸⁾ haben sich mit diesem Problem auseinandergesetzt. Das LG Detmold aaO.hielt eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung wegen des Mangels einer tatbestandlichen Freiheitsentziehung nicht für erforderlich. Diese Entscheidung wurde durch das OLG Hamm v.4.VI.1962⁹⁾ aufgehoben. Das OLG Düsseldorf v.2.XI.1962¹⁰⁾ schloß sich der Auffassung des OLG Hamm an; auf beiden Entschei-

1) in Soergel-Siebert IV, § 1800, Anm.9.

2) 3.Aufl., 2.Bd., § 1800, 2,b), dd): "Daher können nicht nur die Eltern ihr Kind, sondern auch der Vormund den Mündel zu Erziehungs zwecken unter Einschränkung seiner Bewegungsfreiheit unterbringen, .. ohne daß es dazu einer Genehmigung des VG bedarf."

3) 23.Aufl., § 1800, 3).

4) Lb., 10.Aufl., S.208.

5) siehe auch Schnitzerling in RdJ 1962, 4 ff.

6) in Zbl. 1963, S.67.

dungen fußt das OLG Celle v.15.10.1963¹⁾, so daß abschließend von der bisherigen Rechtsprechung²⁾ gesagt werden kann, daß diese den § 1800 Abs.2 BGB grundsätzlich auch bei typischen Erziehungsmaßnahmen Anwendung finden läßt. - Aber auch im Schrifttum wird diese Auffassung verschiedentlich vertreten.³⁾ Es bleibt abzuwarten, ob sich die Rechtsprechung der Rechtsauffassung dieser OLGe anschließen wird und ob eine Vorlegung an den BGH gemäß § 28 Abs.2 FGG erfolgt, die wünschenswert wäre, da die Begründung dieser OLGe überzeugend genug erscheint. Dieser Auffassung sind auch v.Randenborgh⁴⁾ und Arnold.⁵⁾ Arnold sagt von den OLG-Entscheidungen, daß sie sorgfältig abgefaßt seien, aber im Ergebnis und in den Gründen nicht überzeugend seien, weil einmal damit die FEH entwertet und zum anderen, weil weder der Gesetzeswortlaut des § 1800 Abs.2 BGB noch die Gründe der Entscheidung des BVerfG v.10.2.1960 ergäben, daß auch typische Erziehungsmaßnahmen unter den Begriff "Unterbringung", die mit Freiheitsentziehung verbunden ist", fallen.⁶⁾

Angesichts dieser Rechtsprechung wäre davon auszugehen, daß dem mit der Unterbringung in einem geschlossenen Heim oder Anstalt verfolgten Zweck keine entscheidende Bedeutung für die Frage zukommt, ob eine Freiheitsentziehung i.S.d. Art.2,104

7) zit.bei v.Randenborgh in Zbl.1963, S.67.

8) in Zbl.63, 56.

9) in FamRZ 1962, 397 = Zbl. 62, S.208.

10) in NJW 1963, S.397 = Zbl. 63,54.

1) in Zbl.1964 (Heft 2),S.59;die Entscheidung fordert die Genehmigung also auch,wenn die Freiheitsentziehung aus erzieherischen Gründen erfolgt.

2) Das LG Göttingen v.5.4.1963 in Zbl.63,238 folgt den zit.OLG-Entscheidungen und bejaht das Erfordernis der Genehmigung für den Vormund.

3) Krug,Komm.z.JWG,§ 69,Bem.6(S.310,311);Gräber,Kommz.JWG,2.Aufl. § 63,Bem.7;Hampel,"Rechtliche Probleme der Heim-und Anstaltsunterbringung..." in:FamRZ 1963,S.537 ff./S.539,40,41,42/Soergel-Siebert-Lange, (FamR),Anhang zu § 1666,Bem.22,weitere Literaturangaben bei Staudinger-Göppinger,Anhang zu § 1666, Rdnr.156. Diese grundsätzliche Auffassung der genannten Autoren bedeutet aber nicht,daß sie im Einzelfall,so bei den natürlichen Eltern,die Genehmigung für erforderlich halten.Hierzu wird im folgenden noch Stellung genommen; daher finden sich ausführliche Hinweise auf Rechtsprechung und Schrifttum unter 2.(S.89 ff.).

4) aaO. (Zbl.63, 43 ff.).

5) "Erfahrungen mit und Gedanken zu § 1800 II BGB n.F." in: FamRZ 1963, 484 ff.

6) siehe Arnold, aaO., S.486.

Abs.2 GG vorliegt. Nach dem OLG Hamm¹⁾ "kann es keinen Unterschied machen, aus welchen Gründen die Unterbringung erfolgt". Der Gesetzgeber habe sich entschieden, daß grundsätzlich jede Unterbringung, die mit Freiheitsentziehung verbunden sei, vormundschaftsgerichtlich genehmigt werden müsse. Eine Einschränkung des § 1800 Abs.2 BGB dahin, "daß Unterbringungsmaßnahmen aus erzieherischen Gründen auszuschneiden hätten, würde dem umfassenden Wortlaut widersprechen".²⁾ - Daraus ist trotz erheblicher Bedenken zu entnehmen, daß auch eine im Rahmen der FEH erfolgende Unterbringung in einem geschlossenen Heim sich in der Auswirkung auf den Minderjährigen als Freiheitsentzug darstellt, und weiterhin, daß die Frage nach dem Vorliegen einer tatbestandsmäßigen Freiheitsentziehung nach den herbeizuführenden tatsächlichen Verhältnissen beurteilt werden muß. Dieser Standpunkt läßt sich auch überzeugend mit dem Hinweis auf den gesetzgeberischen Willen rechtfertigen.

Wie schon eingangs hervorgehoben, enthielt der Regierungsentwurf zurJWG-Novelle 1961 in § 71 Abs.2 eine Bestimmung, die unzweideutig von Freiheitsentziehung i.S.des Art.104 Abs.2 GG auch bei Durchführung der FEH sprach. Wenn die Fassung dieser Bestimmung aus den dargelegten Gründen (Streichungsantrag des Bundesrates) nicht Gesetz wurde, so ist sie doch in verallgemeinernder Form aus dem Erziehungsgesetz des JWG in das BGB transferiert worden. - Es kann also kein Zweifel bestehen, daß der Gesetzgeber auch die den pädagogischen Zwecken dienende Unterbringung eines Minderjährigen in einer geschlossenen Anstalt grundsätzlich im Rahmen des § 1800 Abs.2 BGB als Freiheitsentziehung ansieht. Allerdings muß bezweifelt werden, ob die Rechtfertigung zur Schaffung des § 72 Abs.2 des Regierungsentwurfs und zum anderen des § 1800 Abs.2 BGB wirklich stichhaltig ist, weil die Rechtfertigung davon ausgeht, es bestehe nach der Entscheidung des BVerfG v.10.2.1960 keine andere Möglichkeit mehr. - Mit v.Randenborgh³⁾ muß das bezweifelt werden. Das kann im Ergebnis nichts ändern, denn die Zweifel erstrecken sich nur auf die Stichhaltigkeit der Beweggründe des Gesetzgebers. Darüber, daß er einen diesbezüglichen Willen zum Ausdruck bringen wollte, kann angesichts der Entstehungsgeschichte kein Zweifel bestehen.

1) in FamRZ 1962, 398.

2) OLG Hamm, aaO., S.397.

3) aaO. (in Zbl.1963, S.45 ff.).

2. Bedürfen die personensorgeberechtigten Eltern oder die unverehelichte Mutter im Rahmen der FEH für die Unterbringung des Kindes in einem sogenannten "geschlossenen Heim" der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts?

Vorab soll zur Klarstellung noch einmal hervorgehoben werden, daß sich die Frage nach der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung für die Unterbringung des Minderjährigen durch die Eltern im Ausführungsverfahren (nach §§ 69 ff. JWG) stellt und nicht im Verfahren der Gewährung nach § 63 JWG. - Zur Gewährung bedarf es der Genehmigung unbestrittenermaßen in keinem Fall, da mit der Gewährung noch nicht über die Art der demnächst folgenden Unterbringung entschieden wird.

§ 1800 spricht nur von der Unterbringung des Mündels. Hier ist also vom Vormund die Rede. Mit dem argumentum e contrario (Umkehrschluß) müßten u.a. die Eltern und die unverehelichte Mutter von dieser Regelung ausgenommen sein. Weshalb diese ausgenommen sein könnten, kann sich nur aus der unterschiedlichen Stellung einerseits des Vormundes und andererseits der Eltern bzw. der unverehelichten Mutter zum Kinde ergeben. - Hier wird der Anknüpfungspunkt zur Beantwortung der Frage unter 2. zu suchen sein. Der Gesetzgeber des § 1800 Abs.2 BGB hat sich in dem oben dargestellten Sinn den Standpunkt der BVerfG-Entscheidung vom 10.II.1960¹⁾ zu eigen gemacht. In den Gründen dieser Entscheidung wurde darauf hingewiesen, daß das "Vormundschaftsrecht von jeher einen starken öffentlich-rechtlichen Einschlag"²⁾ gehabt habe. Die Grundlage für die Einrichtung der Vormundschaft habe in dem öffentlichen Interesse an der Fürsorge für den schutzbedürftigen Einzelnen bestanden. Somit übt der Vormund neben seinen bürgerlich-rechtlichen Funktionen auch fürsorgerische Funktionen im öffentlichen Interesse aus. Sein Amt ist eine staatliche Einrichtung, welche durch die vormundschaftsgerichtliche Bestellung begründet wird. Daher gründet sich die Gewalt des Vormundes über seinen Mündel auf staatlichen Hoheitsakt, während der Amtsvormund seine Funktionen kraft Gesetzes ausübt.

Die elterliche Gewalt aber beruht auf dem natürlichen Verhältnis der Eltern zu ihren Kindern und nicht auf Hoheitsakt. Die Eltern leiten also ihr Recht nicht vom Staat ab. Dieses ist dem Staate

1) u.a. in BVerfGE 10.Bd., S.302 ff.

2) BVerfG aaO., S.311.

vielmehr vorgeordnet. Daher üben die Eltern weder öffentliche Gewalt noch öffentliche Fürsorge aus. Sie sind Träger von privater Erziehungsgewalt, der Vormund von staatlicher. - Dem steht nicht entgegen, daß in der zivilrechtlichen Literatur¹⁾ die Vormundschaft stets dem Familienrecht zugeordnet wird. Die vormundschaftliche Gewalt entspricht zwar inhaltlich wesentlich der elterlichen Gewalt, sie ist dieser aber in Teilen nur nachgebildet. Der Rechtsgrund beider ist wesentlich verschieden.

Aus dieser Verschiedenheit der Rechtsstellung von Vormund und Eltern folgert das BVerfG, daß für die Unterbringung eines Minderjährigen durch seine Eltern möglicherweise "andere Gesichtspunkte maßgebend seien als bei der Unterbringung Volljähriger durch den Vormund".²⁾ - Damit wird zum Ausdruck gebracht, daß hier verschiedene Maßstäbe gelten. Somit können die für das BVerfG aaO. hinsichtlich des Vormundes maßgeblichen Gründe auf die Eltern nicht ohne weiteres anwendbar sein. Die Auslegung des § 1800 Abs.2 BGB, der auf diese Verfassungsentscheidung zurückgeht, ist insofern eingeschränkt.

Es ist nun die Frage zu prüfen, ob Art.2 Abs.2 Satz 2 GG und damit Art.104 Abs.2 GG auch im Verhältnis der Eltern zu ihrem Kind gelten. Gleichzeitig wird damit Art.6 Abs.2 GG, der die elterliche Gewalt verfassungsrechtlich anerkennt und schützt, in den Kreis der Betrachtung gezogen.

Nach der überzeugenden Ansicht Dürigs³⁾, dem das BVerfG in dem Urteil vom 15.1.1958⁴⁾ gefolgt ist, gelten die Grundrechte nicht unmittelbar im Privatrechtsverkehr, sondern sie können nur mittelbar über die wertausfüllungsfähigen und wertausfüllungsbedürftigen Begriffe und Generalklauseln des Zivilrechts ihre Wirkung im Privatrecht entfalten (=sog.Drittwirkung der Grundrechte). Nach einer weitergehenden Auffassung⁵⁾ sollen eine Reihe von Grundrechten über die Drittwirkungsnormen hinaus

1) siehe Beitzke, Lb., 10. Aufl., § 37; Lehmann, Lb., 3. Aufl., S.224; Kipp, Fam.-Recht, 6. Aufl. (1938), S.408 ff.

2) BVerfGE aaO., S.328.

3) in Maunz-Dürig, Grdges. Art.1 Rdn.127 ff. und in DÖV 1958, 194 ff. ("Zum Lüth-Urteil des BVerfG v.15.1.1958").

4) in BVerfGE 7,198 = NJW 1958,257.

5) so u.a. Nipperdey in BARB.GE 1,191 ff. und in Neumann-Nipperdey-Scheuner, "Die Grundrechte", Bd.2, S.20.

unmittelbar¹⁾ anzuwenden sein. - Hildegard Krüger will so das Grundrecht des Art.2 Abs.1 GG im Rahmen der "Grundrechtsmündigkeit" des jungen Menschen respektieren.²⁾

In ähnlicher Weise folgert Erdsiek³⁾ aus der Drittwirkung der Grundrechte, daß das Kind auch gegenüber den Eltern nicht vom Freiheitsschutz der Art.2,104 GG ausgeschlossen werden dürfe. Die offengebliebene Frage in der Begründung des BVerfG v.10.2.1960 aaO. - ob für die Unterbringung eines Minderjährigen durch seine Eltern andere Gesichtspunkte gelten als zwischen Vormund und Volljährigem - beantwortet er verneinend dahin, daß der Begriff der Person in Art.2 Abs.2 GG das Kind einschließe. Der Wortlaut des Art.104 Abs.2 Satz 1 GG gebe im Zusammenhang mit Art.2 GG keinen Anhalt für eine Einschränkung. Auch bei einer solchen unmittelbaren Drittwirkung der Grundrechte, die damit weit über die Grundsätze der BVerfGE v.15.1.1958⁴⁾ hinausgeht, hält Erdsiek mit der unmittelbaren Anwendung des Art.2 Abs.2 GG auf das Eltern-Kind-Verhältnis einen Konflikt mit dem Grundrecht der elterlichen Autonomie des Art.6 GG nicht für gegeben. Diese Autonomie der Eltern sei nicht ohne Schranken. Nach Art.6 GG wache über ihre Betätigung die staatliche Gemeinschaft. Schließlich wird damit argumentiert, daß die Eltern in zahlreichen Fällen von Verfügungs- und Verpflichtungsgeschäften über das Kindesvermögen zur Einholung der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts verpflichtet seien. Daraus wird gefolgert, daß im Falle der Gefährdung des Rechtsgutes der Freiheit nicht anders verfahren werden dürfe und daß daher Art.6 GG wie bei den anderen vormundschaftsgerichtlichen Genehmigungen nicht verletzt werden könne.

Diese Argumentation, die im Einzelnen von Erdsiek⁵⁾ weiter ausgeführt wird, wurde von Franke⁶⁾ schon kurz zuvor für richtig

- 1) Über dieses Problem und den Streitstand siehe die Schrifttumsübersicht bei Dürig in DÖV 1958, 194 ff.
- 2) H. Krüger in: Krüger-Breetzke-Nowack, Gleichberges., Einl. E 284 und zur "Grundrechtsmündigkeit" in dem schon zit. Beitrag in FamRZ 1956, 329.
- 3) "Umwelt und Recht Freiheitsentziehung und richterliche Kontrolle" in NJW 1960, S. 1385.
- 4) in BVerfGE 7, 198 = NJW 1958, 257.
- 5) aaO. in NJW 1960, 1386, 1387.
- 6) "Grundlagen der Anstaltsunterbringung ..." in NJW 1960, 1369.

gehalten. - Potrykus¹⁾ hatte schon, wenn auch erfolglos, auf der Freiburger AFET-Tagung 1953²⁾ die Einschaltung des Vormundschaftsgerichts in das FEH-Verfahren verlangt. Nun, nach dem Entscheid des BVerfG v.10.II.1960, hält er es erneut für sehr zweifelhaft, "ob das BVerfG im Anrufungsfalle tatsächlich eine Anwendung von Art.104 Abs.2 S.2 GG auf das Eltern-Kind-Verhältnis ablehnen wird."³⁾ Weil für die unter Vormundschaft stehenden Minderjährigen im Falle ihrer Unterbringung der "Rechtsschutz der richterlichen Kontrolle" bestehe, könne es eine Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes nach Art.3 GG bedeuten, wenn die unter elterlicher Gewalt stehenden Minderjährigen diesen Schutz nicht genießen. - Im übrigen wird der Argumentation von Erdsiek aaO. gefolgt, wonach u.a. die Berufung auf Art.6 GG schon im Hinblick auf Abs.2 Satz 2 dieses Artikels (Art.6 GG) versage, da die staatliche Gemeinschaft über die Betätigung des elterlichen Erziehungsrechts wache. Schließlich wurden noch praktische Erwägungen angestellt - die Eltern versuchten nicht selten, ihre Kinder abzuschieben - mit denen die richterliche Kontrolle in der FEH gerechtfertigt werden soll.⁴⁾

Im Ergebnis kommt auch Guggemos⁵⁾ zu dem Schluß, daß Art.2 unmittelbar im Eltern-Kind-Verhältnis Anwendung zu finden habe. Art.104 GG sei als "Schutzbestimmung gegen Kurzschlüsse anzusehen, denen Inhaber einer Rechtsmacht zuweilen unterliegen". Damit wird in jedem Fall der Unterbringung in einem geschlossenen Heim - auch für die Eltern - ein vormundschaftsgerichtlicher Beschluß gefordert. Alle Gewalthaber des Familienrechts werden dadurch generell ebenso den Beschränkungen des Art.104 GG unterworfen, wie es das BVerfG v.10.II.1960 lediglich für den Vormund

1) "FEH und Art.104 GG" in Zbl.1960,233 ff.

2) vgl. Neue Schriftenr. des AFET, Heft 7/1953.

3) in dem zit. Beitrag in Zbl.1960,235.

4) In einem neueren Beitrag von Potrykus ("Die rechtl. Situation der öffentl. Erziehung nach dem neuen JWG" in Zbl.62,61 ff.) wird dieser Standpunkt angesichts der neueren Rechtsprechung nicht mehr so entschieden vertreten. Er führt aaO. S.64 aus: "Das Genehmigungserfordernis gilt ... nur für die im Wege der FEH durch den Vorm. oder Pfleger beantragte Unterbringung eines Mijä." Diese These wird von ihm in RdJ 1962, S.134 (rechts unten) bestätigt.

5) "Über die Grenzen des elterl. Aufenthaltsbestimmungsrechts gemäß Art.104 GG" in: FamRZ 1960, S.478,479 und in EJJ A IV Nr.11 zum Beschl. des BVerfG v.10.2.1960.

über einen Volljährigen vorsah.¹⁾

Alle rechtlichen Erwägungen dieser Art berücksichtigen zu wenig oder gar nicht, daß beim Minderjährigen der Erziehungszweck, das Erziehungsziel stärker hervortritt, als sein Freiheitsschutz-Bedürfnis nach Art. 2, 104 GG. Wenn das Kind gegenüber seinen Eltern in einem personalen Gewaltverhältnis steht (i.S. eines grundgesetzlich geschützten Komplexes von Rechten und Pflichten der Eltern gegenüber den Kindern), dann geschieht das nur deshalb, damit der Erziehungsaufgabe - dem Erziehungsrecht und der Erziehungspflicht der Eltern - Genüge getan werden kann. Weil die erzieherische Aufgabe der Eltern gar nicht praktisch verwirklicht werden könnte - wenn das Kind im vollen Genuß der Schutzrechte aus Art. 2 Abs. 2 und 104 Abs. 2 GG wäre -, muß ein derartiges Schutzrecht aus Art. 2 Abs. 2 GG durch das genannte Gewaltverhältnis im obigen Sinn als eingeschränkt gelten. Eine wirksame Durchführung der Erziehungsaufgabe der Eltern wäre also rechtlich und tatsächlich schlecht möglich, wenn sich das Kind gegenüber den Maßnahmen der Eltern auf ein eigenes, auch gegenüber den Eltern wirkendes Grundrecht nach Art. 2 Abs. 2 GG berufen dürfte. Damit würde das natürliche Recht der Eltern zur Erziehung ad absurdum geführt, weil die Eltern ihre Aufgabe nur mit Hilfe eines Richters oder mit dem Einverständnis des Kindes erfüllen könnten. Was die Mitwirkung des Richters bei einem solchen Verständnis der Grundrechtsfähigkeit des Kindes anbetrifft, so verstieße eine solche staatliche Mitwirkung bei der Erfüllung der Erziehungsaufgabe gegen das Grundgesetz in Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG. Hier ist dem Staat lediglich ein Wächteramt zugewiesen, das er nur unter sehr engen Voraussetzungen ausüben darf. Dieses Wächter- und Kontrollamt begründet aber keine staatliche Mitwirkung bei der Erfüllung der Erziehungsaufgabe, es anerkennt vielmehr den Grundsatz der Subsidiarität der öffentlichen Erziehung gegenüber dem Erziehungsanspruch der Eltern. Somit kann festgestellt werden, daß sich wesensmäßig aus dem grundgesetzlich (Art. 6 Abs. 2 GG) anerkannten

1) In einer Anmerkung von Deisenhofer (in EJF A IV., S.38) wird diese Pauschalierung von Guggemos aaO. durch die Erläuterung der essentiellen Verschiedenheit von vormundschaftlicher und elterlicher Gewalt usw. abgelehnt.

Gewaltverhältnis eigener Art zwischen Eltern und Kind Gewährleistungsschranken für das dem Kinde als Person sonst allgemein garantierten Grundrecht des Art.2 Abs.2 GG ergeben. Die "Grundrechtsmündigkeit" des jungen Menschen im Sinne von H.Krüger¹⁾ hat in Bezug auf Art.2 Abs.2, 104 Abs.2 GG da seine Schranke, wo sie mit dem natürlichen Recht der Eltern zur Erziehung so ernsthaft zu kollidieren droht, daß das Recht der Eltern, das doch letztlich zum Wohle des Kindes besteht, fraglich würde. - Eine Beschränkung des dem Minderjährigen sonst gewährleisteten Grundrechts nach Art.2 Abs.2 GG ergibt sich aus Art.6 Abs.2 GG nur insoweit, als sich eine Beschränkung aus den Erziehungsaufgaben der Eltern herleiten läßt. Bei Ausübung ihrer Erziehungsaufgabe ist das den Eltern zur Seite stehende Erziehungsrecht also stärker als die Grundrechtsmündigkeit des Kindes bzgl. Art.2 Abs.2 GG.

Die Frage, ob für das Kind die Grundrechte im Eltern-Kind-Verhältnis unmittelbare oder mittelbare Wirkung²⁾ entfalten können, verliert dann an Bedeutung, wenn einem Freiheitsrecht des Kindes ein stärkeres, weil spezielleres Recht der Eltern gegenübersteht. - Die elterliche Gewalt ist in dem Umfange, in dem sie durch Art.6 verfassungsrechtlich anerkannt ist, den Garantien der Art.2 und 104 GG vorgelagert. Nach Maunz³⁾ substituiert der Wille der Eltern den Willen des ihnen anbefohlenen Kindes. - Eine Abrundung erhält diese Argumentation durch das Gutachten von Sieverts aus Hamburg über die Bedeutung des Art.104 GG für die FEH⁴⁾. Im Zusammenhang mit dem oben erörterten bedeutungsvollen Beschluß des AG Hamburg v.14.VI.1961⁵⁾ wurde dieser von Schüler-Springorum verfaßte Beitrag, auf den sich das AG Hamburg auch bezieht, schon in den obigen Ausführungen herangezogen. Dabei wurde auf die vom Verfasser aufgezeigte "Doppelrolle" des Minderjährigen⁶⁾ in den Grundrechten des Art.2 GG, insbesondere bzgl.

1) in FamRZ 1956, S.329 ff.

2) nach Dölle (Lb.1965, Band II, § 92, I, c) können die Art.2 II, 104 II GG höchstens mittelbar über die Generalklausel des § 1666 BGB in das Eltern-Kind-Verhältnis hineinwirken; im Ergebnis so die Ausführungen auf S.117 der Arbeit.

3) in Maunz-Dürig, Bd. II, Art.104, Anm.11.

4) Sonderdruck zum Mitgl.-Rdbr. des AFET, Mai 1961. Dieses Gutachten wurde von Schüler-Springorum verfaßt und im Juli-Heft der FamRZ 1961 (Heft 7, S.296 ff.) abgedruckt.

5) in FamRZ 1961, S.393 ff. = NJW 1961, S.2160.

6) siehe FamRZ 1961, S.297 (re.Sp.).

des Grundrechts auf persönliche Freiheit nach Abs.2 Satz 2 dieses Artikels hingewiesen. Der hierbei auftretende Dualismus zwischen dem Grundrechtsträger "Mensch" und dem Erziehungsbedürftigen, der sich durch die helfende Funktion der Erziehung zur "sebstbestimmungsfähigen Persönlichkeit"¹⁾ entwickeln soll, führte zu einer systematischen Zuordnung von Art.2 und Art.6 GG. Das geschah in der Weise, daß unter den Begriff der "verfassungsmäßigen Ordnung" des Art.2 Abs.1 GG das elterliche Erziehungsrecht des Art.6 Abs.2 GG subsumiert wurde. - Eine solche Begriffsbestimmung der "verfassungsmäßigen Ordnung" des Art.2 Abs.1 GG ist angesichts der Entscheidung des BVerfG vom 16.I.1957²⁾ angängig.³⁾ Groß⁴⁾ glaubt dieser Begründung nicht zustimmen zu können, weil das Einzelgrundrecht des Art.2 Abs.2 GG nicht auch den Schranken des Abs.1 dieser Vorschrift unterläge. Das könne zu einer Aushöhlung des Einzelgrundrechtes führen. Wenn nun Groß aaO. das Einzelgrundrecht des Art.2 Abs.2 Satz 2 GG dennoch durch den Rahmen des Art.6 GG eine Einschränkung erfahren läßt und zwar über Satz 3 des Art.2 Abs.2 GG - die Freiheit der Person steht unter dem Vorbehalt des Gesetzes, wobei Artikel 6 GG den Vorbehalt bilden soll - dann führt diese Konstruktion im Ergebnis zu demselben Ziel, das auch Schüler-Springorum aaO. anstrebte. Dieses Ziel bestand in der Einschränkung des Art.2 Abs.2 GG durch Art.6 Abs.2 GG. Beide Wege sind m.E. gangbar; die Konstruktion von Groß aaO. scheint vom verfassungsrechtlichen Standpunkt noch überzeugender und ist daher vorzuziehen.

Folgerichtig kann nun aus beiden Lösungsmöglichkeiten geschlossen werden: "Das System der Grundrechte selbst hindert daher, daß Maßnahmen, die ausschließlich das Grundrecht auf Erziehung der Kinder verwirklichen, die persönliche Freiheit der Kinder verletzen".⁵⁾ - Damit scheidet eine Kollision von Art.2 Abs.2 und Art.6 Abs.2 GG aus; das Recht der Eltern aus Art.6 Abs.2 GG begründet dem Kinde gegenüber ein besonderes Gewaltverhältnis.

1) nach Sch.-Spr., aaO.

2) in BVerfGE 6, 32, Leitsatz 3 und S.38.

3) vgl. über die Entwicklung dieses strittigen Verfassungsbegriffs Hamann, 2.Aufl., Art.2, Anm.6; v. Mangoldt-Klein, Art.2, Anm. IV, 2 = S.181 ff.

4) "Zur Unterbringung Mijä. aus erzieherischen Gründen" in RdJ 1962, 39 ff., 40.

5) Schüler-Springorum in FamRZ 1961, S.297=AFET Gutachten S.3 (li.Sp.).

Dadurch werden die persönlichen Freiheitsrechte des Kindes in verfassungsrechtlich zulässiger Weise beschränkt; eine tatbestandliche Grundrechtsverletzung liegt nicht vor, so daß eine Unterbringung in einem geschlossenen Heim durch die Eltern nicht unter die Freiheitsgarantie fällt. Die Frage nach den Rechtsgarantien bei Freiheitsentziehung (Art.104 GG) kann sich hier somit nicht stellen.

Hierdurch scheint hinreichend begründet, daß jedenfalls der in Art.6 Abs.2 GG bestimmte Personenkreis - es sind die Eltern im Gegensatz zu dem weiteren Begriff der "Erziehungsberechtigten" im Abs.3 dieses Artikels - von der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung zur Unterbringung in FEH, welche mit Freiheitsentziehung verbunden ist, ausgenommen sind. Diese Ansicht hat sich mit großer Mehrheit gegen die erörterten Stimmen durchgesetzt. Die Rechtsprechung¹⁾ - das BayObLG, die Landgerichte Augsburg,

1) Das AG Wennigsen-Deister (Beschl.v.20.VI.1960 in FamRZ 1960, 364 ff.) nahm schon vor Inkrafttreten des § 1800 Abs.2 BGB (am 1.2.1962) die Fälle der Unterbringung m.j.ä.Kinder durch die Eltern im Hinblick auf Art.6 GG von der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung aus. Das LG Stuttgart (Beschl.v.24.1.1961 in FamRZ 1961, S.323 ff.) kommt zu dem Ergebnis, daß "im Verhältnis zwischen Eltern und Kind das Grundrecht des Kindes auf persönl.Freiheit hinter dem Erziehungs- und Pflegerecht zurücktritt". Das LG Stuttgart (Beschl.v.18.4.1961 in FamRZ 1961, 325 ff.) stellt im Leitsatz 3a der Entscheidung fest: "Zwar steht auch M.j.ä. ein Grundrecht gegen Freiheitsentziehung (Art. 2 II, 2 GG) zu, jedoch handelt es sich um kein Grundrecht des Kindes gegen die Eltern". Das BayObLG (v.13.8.1963 in FamRZ 1963, 577 ff.) kommt zu dem Schluß, daß das durch Art.6 II, 1 GG garantierte natürliche Elternrecht die tragende Grundlage der Anstaltsunterbringung darstellt und daß die Erwägungen des BVerfG v.10.2.1960 hier nicht eingreifen können. Das LG Göttingen (Beschl.v.5.4.1963 in FamRZ 1963, 530 ff. = Zbl.63, 238) beschäftigt sich mit der Genehmigung für den Vormund und läßt die Frage der Genehmigung für die Eltern dahingestellt; es kann aber den Gründen entnommen werden, daß das Gericht von einer Genehmigungspflicht absehen würde. Das OLG Hamm (Beschl.v.4.6.62 in FamRZ 1962, S.397 ff.) beschäftigt sich nur mit dem Genehmigungserfordernis des Vormundes, es stellt aber fest (Leitsatz Ziff.3), daß "sich das in Art.6 II GG enthaltene Grundrecht auf private Erziehung nur auf die Eltern, nicht auf den Vorm.erstreckt". Daraus wird eine Verschiedenbehandlung von Vorm.und Eltern zu erkennen sein. Das OLG Düsseldorf (Beschl. v.2.11.1962 in NJW 1963, 397 ff.)schließt sich in Erg., wie schon erwähnt, dem OLG Hamm aaO. an; vgl. auch OLG Celle (v.15.10.63 in Zbl.64, 59). Weiter als die genannten Entscheidungen ging das AG Hamburg vor Inkrafttreten des § 1800 Abs.2 BGB (1.Jan.1962) mit Beschluß v.14.VI.1961 (in FamRZ 1961, 393 ff.); mit diesem

Stuttgart und Köln sowie das AG Wennigsen haben hierzu ausdrücklich Stellung genommen (siehe Fußnote 1 auf den Seiten 116/117 - und die Rechtslehre¹⁾ vertreten überwiegend den

Beschluß wurden alle Unterbringungen, auch durch Vorm. und Pfleger, die mit tatsächlicher "Freiheitsentziehung" verbunden sind, von einer vormgerichtl. Genehmigung nach Art. 104 GG befreit, "soweit" es sich um typ. Erziehungsmaßnahmen handelte.

- 1) Ähnlich weitgehend wie die unter obiger Fußnote zuletzt zitierte Entsch. des AG Hamburg aaO. auch: Staudinger-Göppinger zu § 1666 Anh., Rdnr. 156-162, der ausführlich begründet, daß die Eltern, der Vormund oder der Pfleger zur Durchführung der Heimerziehung in FEH keine Genehmigung des VG bedürfen; Maunz-Dürig, Art. 104, Anm. 3 und 11; Rauschert ("Freiheitsentz. und Erziehungsrecht" in RdJ 60, 369 ff., 372), sowie Sieverts (in Hdb. d. Heimerz., 11. Folge 1961, S. 1099, Fußn. 1) und Schüler ("Freiheitsentzug zur Erziehung" in RdJ 1961, 23 ff., 25). - Maurer ("Das privatrechtl. Unterbringungsrecht und Art. 104 GG" in FamRZ 1960, S. 468 ff., 472) gelangte nach ausführlicher Erörterung über das Unterbringungsrecht der Eltern, Art. 2 II u. Art. 104 GG, zu dem Schluß, daß es für die Eltern keiner richterl. Genehmigung nach Art. 104 II GG bedarf; ebenso Gernhuber, Lb. 1964, § 7, II 3 und Dölle, Lb. Band II, § 92, I, 2c). Anders ("Freiheitsentziehung durch Inhaber der elterlichen Gewalt" in FamRZ 1960, 475 ff.) folgert aus dem Wesen des besonderen Gewaltverhältnisses der elterl. Gewalt eine Gewährleistungsschranke hinsichtlich des Grundrechts der persönlichen Freiheit für das Kind, womit die richterliche Genehmigung von selbst entfalle (aaO., S. 477), Spruch (in Rdbr. des Berliner Senators für Jugend und Sport, Heft 11/12 aus 1961, S. 3 ff.) zieht bzgl. der Eltern den Umkehrschluß aus § 1800 II BGB bis zu einer klärenden richterlichen Entscheidung. Böning ("Zwangsunterbringung vollj. Mündel" in NJW 1960, 1374 ff., 1378) hält für Eltern und unehehl. Mutter die vormgerichtl. Genehmigung im Hinblick auf Art. 6 GG für entbehrlich. Nach Schüler-Springorum (aaO. FamRZ 1961, 296 ff.) brauchen die Eltern, der BGB-Vormund und die Kindesmutter keine Genehmigung; nach Groß ("Zur Unterbr. Mijä. aus erzieher. Gründen" in RdJ 1962, S. 39 ff., 41) sind die Eltern, Adoptiveltern und die ue. Mutter genehmigungsfrei. Ähnlich wohl auch Ficht ("FEH und Art. 104 GG" in Zbl. 60, 328 ff.), Riedel (Komm. z. JWG, 3. Aufl., § 38 Anm. 2 = S. 377), Krug, § 69, Erl. 6; und vor Inkrafttreten des JWG schon Becker ("Das Problem der Freiheitsentziehung in der FEH" in Zbl. 61, 1 ff., 8), der sich ausführlich mit dem Problem - Freiheitsentz. zu Erziehungszwecken - befaßt und Eltern, Adoptiveltern u. d. ue. Mutter hinsichtlich der Entbehrlichkeit der vormundschaftsgerichtl. Genehmigung gleichstellt. So auch Saage (in Beilage z. Bundesanzeiger Nr. 122/1960, S. 2 ff. unter D II), nach dem Vm. und Pfleger, nicht aber auch die Eltern der richterl. Anordnung i. S. des Art. 104 II GG bedürfen, wenn sie ungeachtet des damit verfolgten Zwecks den Mijä. in einem geschlossenen Heim unterbringen. Hampel ("Rechtl. Probleme der Heim- u. Anstaltsunterbr. Mijä." in FamRZ 1963, S. 537 ff.) zeigt in einer grundsätzlichen Zusammenfassung die Meinungen um den genannten Komplex des § 1800 Abs. 2 (auf S. 538-543) und kommt schließlich mit der h.M. zu dem Ergebnis, daß wegen Art. 6 Abs. 2 GG für die Eltern die

Standpunkt, daß die Anstaltsunterbringung Minderjähriger durch ihre Eltern nicht nach Art.104 Abs.2 GG der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedarf. - Der unter elterlicher Gewalt stehende Minderjährige ist damit nicht der Willkür der Eltern schutzlos preisgegeben. Wenn Erdsiek aaO. den Schutz im Rahmen des Art.6 Abs.2 Satz 2 GG, § 1666 BGB nicht für ausreichend hält, weil der Vormundschaftsrichter von einer solchen Unterbringung nicht in Kenntnis gesetzt wurde, so muß darauf hingewiesen werden, daß eine solche Gefahr deshalb nicht ausgeschlossen werden kann, weil der Staat nicht außerhalb seines Wächtersamts nach Art.6 Abs.2 S.2 GG und nicht ohne besonderen Anlaß in die Erziehung des Kindes eingreifen darf. - Eine solche Gefahr darf aber auch nicht überschätzt werden. Meines Erachtens genügen für die Überwachung der erzieherischen Tätigkeit der Eltern die Aufsichtsrechte des Vormundschaftsgerichts nach den §§ 1666, 1696 BGB¹⁾.

Für Hessen soll besonders hervorgehoben werden, daß im Geltungsbereich des Hess. Freiheitsentziehungsgesetzes²⁾ nach dem Beschluß des OLG Frankfurt (Main) v.27.7.1958³⁾ die Inhaber der elterlichen Gewalt zur Einweisung eines Kindes in eine geschlossene Anstalt keiner richterlichen Genehmigung bedürfen. - Zum gleichen Ergebnis kommt der Runderlaß des Arbeits- und Sozialministers des Landes Nordrhein-Westfalen über die Freiwillige Erziehungshilfe v.10.4.1964⁴⁾ (unter IV,3).

vgliche Genehmigung nicht erforderlich ist. - So i.Erg.auch Hans Peters (in Beterm.-Nipp.-Scheuner, "Die Grundrechte" IV, 1, S.393 Fußn.82a).

Bundesminist.Frau Dr.Elis.Schwarzhaupt weist in einem Beitrag ("FamRänd.G v.1961" in FamRZ 1962,S.49 ff.,50,re.Sp.) bei einer Erläuterung des § 1800 II BGB darauf hin, daß sich die Genehmigungsbedürftigkeit von freiheitsentziehenden Unterbringungen nicht auf die Eltern oder die ue.Mutter erstreckt.Die Entsch. des BVerfG v.10.2.1960 ergebe dazu nicht die Notwendigkeit.S0 i.Erg.auch Jansen (FGG Komm.,Ergänzungsbd.1962,§ 55a,Anm.2a)) u.Keidel (FGG Komm.,8.Aufl.,§ 55a,Anm.15);Lange (in Soergel-Siebert IV.,Band 1963,§ 1631,Anm.18 u. § 1666 Anhang,Bem.22).

- 1) so ähnlich argumentiert Jans-Happe (Komm.z.JWG § 63,5 C,vorletzter Absatz= S.399); ebenso: Gernhuber, Lb., 1964, § 7, II, 3.
- 2) Hess. Freiheitsentziehungsgesetz v.19.2.52 (GVBl., S.111), Änderungserlaß v.21.10.1955 (Staatsanzeiger S.1114).
- 3) in EJV A IV Nr.3, Leitsatz 1. - Diese Entscheidung setzt sich, weil zeitlich früher ergangen, nicht mit § 1800 Abs.2 BGB auseinander. Soweit sie auch Vormund und Pfleger genehmigungsfrei läßt, ist die Entscheidung im Hinblick auf § 1800 II BGB problematisch.
- 4) in Ministerialblatt für das Land NRW Ausgabe A, 17. Jg., Nr.56 (ausgegeben zu Düsseldorf am 30.IV.1964, S.666 ff. (667)).

Mithin brauchen die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nicht die personensorgeberechtigten Eltern, welche die elterliche Gewalt gemeinsam (§ 1626 BGB) ausüben. - Es bedarf auch keiner näheren Begründung, daß die Elternteile, die die elterliche Gewalt einzeln ausüben - also im Falle der §§ 1671, 1672 BGB¹⁾ oder der §§ 1678-1681 BGB²⁾ - ebenfalls keiner Genehmigung bedürfen. Ebenso verhält es sich bei der Kindesmutter, der nach § 1707 Abs.2 BGB die volle elterliche Gewalt "übertragen" wurde. Etwas schwieriger ist es jedoch im Falle der Kindesmutter, der nach § 1707 Abs.1 Satz 2 BGB lediglich die tatsächliche Personensorge zusteht und die zur Vertretung des Kindes nicht berechtigt ist.

Schon aus dem schriftlichen Bericht des Rechtsausschusses von Frau Dr.Schwarzhaupt³⁾ zu § 1800 Abs.2 BGB geht hervor, daß durch § 1800 Abs.2 BGB nicht vorgesehen war, auch für die unverehelichte Mutter zur Unterbringung ihres Kindes in einer geschlossenen Anstalt die gerichtliche Genehmigung zu fordern. - Und so hat auch das AG Wennigsen (Deister) in folgerichtiger Fortentwicklung seines Beschlusses vom 20.6.1960⁴⁾ am 30.7.1960⁵⁾ entschieden, daß die Unterbringung eines unehelichen Kindes durch die Mutter (wenn auch im Einverständnis des Amtsvormundes) nicht der Genehmigung durch das Vormundschaftsgericht gemäß Art.104 GG bedarf. Dies folge unmittelbar aus dem Mutter-Kind-Verhältnis. Aus dem Erziehungsrecht als dem Ausfluß der Personensorge wurde mit Recht ein entsprechendes Entscheidungsrecht der KM. wie im Falle der Eltern gefolgert. Bedenken gegen eine derart weitgehende Kompetenz der KM. wurden mit dem Hinweis auf Art.6 Abs.5 GG begegnet, nach dem dem unehelichen Kind durch die Gesetzgebung die gleichen Bedingungen für seine leibliche und seelische Entwicklung zu schaffen sind wie dem ehelichen.

-
- 1) d.h.: elterliche Gewalt eines Elternteils nach Scheidung der Ehe, sowie bei Getrenntleben der Eltern.
 - 2) d.h.: alleinige Ausübung der elterl.Gewalt bei Verhinderung, Ruhen, Verwirkung, Entzug des Sorgerechts oder Tod des anderen Elternteils.
 - 3) in BT-Drs. 2812, zu Drs.2812, S.8; in Anlagen-Band 75.
 - 4) in FamRZ 1960, 364, wonach für die Eltern bei Unterbringung keine Genehmigung erforderlich war.
 - 5) in FamRZ 1960, 411.

In einem ähnlichen Sinne argumentiert Becker¹⁾ gegen diese Bedenken, der durch eine sinnngemäße Auslegung der verfassungsrechtlichen Wertentscheidung des Art.6 Abs.5 GG zu dem Schluß gelangt, daß die Rechte der unverehelichten Mutter nicht ohne zwingende Notwendigkeit beschnitten werden dürfen. - Hierin besteht mit dem AG Wennigsen/Deister v.30.7.1960 aaO. ebenso weitgehende Übereinstimmung wie mit dem Argument, daß der Amtsvormund, der nach § 1707 Abs.1 Satz 3 BGB die rechtliche Stellung eines Beistandes hat, die unverehelichte Mutter bei der Ausübung ihres Aufenthaltsbestimmungsrechts zu unterstützen hat (§ 1686 BGB). Nach der zuletzt genannten Vorschrift hat der Vormund die Pflicht, dem "Vormundschaftsgericht jeden Fall, in dem es zum Einschreiten berufen ist, unverzüglich anzuzeigen" (§ 1686 letzter Halbsatz). Damit sei ein ausreichender Schutz des unehelichen Kindes nicht weniger gewährleistet als bei ehelichen Kindern. - Mit letzterem Argument erscheint dem Schutzbedürfnis des unehelichen Kindes vor mißbräuchlicher Ausübung des Aufenthaltsbestimmungsrechts durch die Kindesmutter in der Tat genügend Rechnung getragen. - Hierauf mußte in erster Linie abgestellt werden und nicht auf eine sinnngemäße Auslegung des Art.6 Abs.5 GG zugunsten der Mutter, die fraglich erscheint. Fraglich erscheint eine solche Auslegung deshalb, weil die Mutter des unehelichen Kindes durch Art.6 Abs.5 GG nicht die gleiche Rechtstellung erlangt wie die Mutter eines ehelichen Kindes. Insofern kann mit dem Hinweis auf Art.6 Abs.5^{GG} nicht die Frage beantwortet werden, ob im vorliegenden Zusammenhang der Art.104 GG gegenüber der Mutter eines unehelichen Kindes Anwendung finden muß. Es muß vielmehr darauf abgestellt werden, daß die unverehelichte Mutter in dem Recht und der Pflicht zur Personensorge grundsätzlich eine selbständige Stellung hat (§ 1707 Abs.1 Satz 2 BGB). Diese grundsätzliche Selbständigkeit wird auch nicht durch die Pflicht des Vormundes, die Personensorge als Beistand zu unterstützen, geschmälert. Als Beistand hat der Vormund nur eine fallweise Aufsicht über die Personensorge-Maßnahmen der grundsätzlich selbständigen Mutter (§ 1686 2.Halbsatz BGB). - Das natürliche Mutter-Kind-Verhältnis und das damit im Zusammenhang stehende tatsächliche Personensorgerecht

1) "Das Problem der Freiheitsentziehung in der FEH" in Zbl.61, 1 ff., 11.

nach § 1707 Abs.1 Satz 2 BGB, verbunden mit den genannten Schutzklauseln für das uneheliche Kind, lassen eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung für eine Unterbringung durch die Kindesmutter in einem geschlossenen Heim entbehrlich erscheinen.¹⁾

3. Fraglich ist, ob die Adoptiveltern in dieser Hinsicht ebenso behandelt werden müssen, wie die leiblichen Eltern und die Kindesmutter.

Einer Gleichstellung könnten deshalb Bedenken entgegenstehen, weil die elterliche Gewalt der Adoptiveltern nicht auf dem natürlichen Eltern-Kind-Verhältnis beruht wie in den vorgenannten Fällen. Darauf weist Bosch²⁾ in einer Anmerkung zum BVerfG-Entscheid vom 10.2.1960 hin.

Demgegenüber darf nicht unbeachtet bleiben, daß die Adoptiveltern nach § 1757 Abs.1 BGB eine Stellung erhalten, die rechtlich, wenn auch nicht natürlich, der der blutmäßigen gleich ist. Dabei ist das Verhältnis der Adoptiveltern zum Kind dem Verhältnis von Eltern zum Kind familienrechtlich nachgebildet.

Wenn dieser Gesichtspunkt allein nicht zu überzeugen vermag, so muß die Frage beantwortet werden, ob die Adoptiveltern im Sinne des Art.6 Abs.2 GG ebenso als Inhaber des natürlichen Erziehungsrechts angesehen werden können wie die biologischen Eltern.

Art.6 Abs.2 GG spricht von den Eltern schlechthin. - Die Formulierung des Abs.2, daß nämlich Pflege und Erziehung das "natürliche" Recht der Eltern ist, spricht für die Annahme, daß Eltern im Sinne des Abs.2 nur die leiblichen (biologischen) Eltern sind. - Diese Auslegung ist aber durchaus nicht unbestritten.³⁾ Um diese Frage hat sich eine nicht unerhebliche Problematik gebildet, die hier aus Raumgründen nicht ausführlich behandelt werden kann. - Wenn v.Mangoldt-Klein⁴⁾ die Ansicht vertritt, daß sowohl die leiblichen (natürlichen) als auch die rechtlichen (juristischen) Eltern als Träger des Elternrechts im Sinne des Abs.2 betrachtet werden müssen, so kann dem entgegengehalten

1) so im Ergebnis auch Schüler-Springorum in dem Gutachten von Sieverts für den AFET; Sonderdruck Mai 1961; S.5 unter Ziff.3; sowie Saage in BeilBundesanzeiger Nr.122/1960, S.3.

2) in der Anmerkung zum BVerfG Entscheid vom 10.2.1960 in FamRZ 1960, S.187.

3) siehe den Streitstand bei v.Mangoldt-Klein, 2.Aufl., Bd.1, Art.6, IV, 1, b).

4) 2.Aufl., Bd.I, Art.6 IV, 1, b).

werden, daß nach Sinn und Aufbau der Absätze 1 und 2 des Art.6 GG hier nur die Eltern in Betracht kommen können, die in einer durch Abs.1 geschützten Gemeinschaft (Ehe und Familie) leben oder gelebt haben. Zu diesem Ergebnis kommt, wenn auch mit abweichender Begründung, Hans Peters¹⁾. Für ihn sind Träger des Elternrechts im Sinne des Abs.2 nur die natürlichen Eltern, für Wernicke²⁾ nur die, die in einer durch Artikel 6 Abs.1 geschützten "Ehe" leben.

In dem vorliegenden Zusammenhang wurde das Recht der Adoptiveltern zur Freiheitsentziehung aus Erziehungszwecken ohne vormundschaftsgerichtliche Genehmigung verschiedentlich bejaht. So haben Schüler-Springorum³⁾ und Sieverts⁴⁾ ohne eingehende Begründung festgestellt, daß die Adoptiveltern - "wie es dem Wesen der Annahme an Kindesstatt entspricht (§ 1757 BGB)" - die gleichen Erziehungsrechte haben wie die leiblichen Eltern. - Becker⁵⁾ weist auf die Nachbildung des Adoptivelternverhältnisses zum Eltern-Kind-Verhältnis hin und kommt so mit Recht zur Unanwendbarkeit des Art.104 Abs.2 auf die Adoptiveltern.⁶⁾ Dieser Ansicht muß gefolgt werden, weil die Adoptiveltern jedenfalls hinsichtlich ihrer Rechtsstellung den natürlichen Eltern gleichstehen und diese rechtliche Gleichstellung auch im Hinblick auf Art.104 Abs.2 GG gelten muß. Hiervon ausgehend können die Adoptiveltern wegen ihrer zivilrechtlichen Gleichstellung auch mit den natürlichen Eltern im Sinne des Art.6 Abs.2 GG auf eine Stufe gestellt werden, denn die Interessenlage ist im Hinblick auf Art.104 Abs.2 GG weitgehend gleich. Die Gefahr mißbräuchlicher Freiheitsentziehung unter erzieherischem Vorwand ist in beiden Fällen wohl gleich zu veranschlagen.

1) in Bettermann-Nipperdey-Scheuner "Die Grundrechte" Band IV, 1; 1960, S.375.

2) in Bonner-Kommentar, Art.6,II,2c) = S.6.

3) in FamRZ 1961, 299.

4) in AFET-Sonderdruck Mai 1961, S.5 (inhaltlich gleich mit Schüler-Springorum, aaO.).

5) in Zbl. 61, S.12.

6) so i.Erg. auch Saage, aaO. (Beil.Bund.Anzeiger Nr.122/1960, S.3).

Wenn Anders¹⁾ durch extensive Auslegung des Art.6 Abs.2 GG auf die Adoptiveltern zu dem Ergebnis kommt, daß auch diese das Recht zur Freiheitsentziehung aus Erziehungsgründen besitzen, weil dem Adoptiveltern grundrechtlich die gleiche Stellung zukomme, wie den natürlichen Eltern, so muß ihm jedenfalls vom Ergebnis her beigepflichtet werden.

Abschließende Bemerkung:

Bei den gesamten Erörterungen unter B 1), 2) und 3) wurde vorausgesetzt, daß es sich, wenn auch nur äußerlich, um eine mit Freiheitsentziehung verbundene Unterbringung im Rahmen der FEH handelt. - Weil zu dem Ergebnis gelangt wurde, daß die Eltern bei der Unterbringung ihres Kindes in einem geschlossenen Heim nicht der vormundschaftsrichterlichen Genehmigung bedürfen, braucht folglich der Begriff Freiheitsentziehung i.S.des § 1800 BGB, des Art.104 Abs.2 GG und des § 2 Abs.1 des Freiheitsentziehungsgesetzes²⁾ nicht bestimmt zu werden. Nur ohne elterliche Gewalt kann wegen des Fehlens des typischen, besonderen Gewaltverhältnisses der Entzug der persönlichen Freiheit des unterzubringenden Kindes grundrechtswidrig und damit nach § 1800 Abs.2 BGB genehmigungsbedürftig sein.

Wenn das so ist, dann bedurfte es auch nicht einer Abgrenzung zwischen Freiheitsbeschränkung und Freiheitsentzug, die z.B.im Falle der Unterbringung durch den Vormund oder Pfleger von Bedeutung ist, weil dieser nach § 1800 Abs.2 BGB nur dann eine Genehmigung braucht, wenn wirklich Freiheitsentziehung gegeben ist und nicht lediglich die persönliche Freiheit beschränkt wird. Damit ergibt sich auch nicht die Notwendigkeit, die Begriffe der "geschlossenen Anstalt", des "geschlossenen Heims" oder der "geschlossenen Abteilung" zu definieren, die wohl mit erheblichen Abgrenzungsschwierigkeiten verbunden sind. Diese Schwierigkeiten gehen aus einem Abgrenzungsversuch des nordrhein-westfälischen Arbeits- und Sozialministeriums v.16.1.1961³⁾ hervor, in dem einzelne Merkmale zur Abgrenzung aufgezählt werden.⁴⁾

1) in dem zit.Beitrag in FamRZ 1960, 477 (re.Sp.).

2) Gesetz über das gerichtliche Verfahren bei Freiheitsentziehungen v.29.Juni 1956 i.d.Fass.des FamRänd.G v.11.Aug.1961 (BGBl. I, S.1221).

3) Rderl.NRW v.16.1.1961 in MBl. NRW 1961 (15) S.219.

4) siehe den Abdruck bei Jans-Happe, § 63,5 B.

Im übrigen entfällt auch die Darlegung des gerichtlichen Verfahrens zur Erlangung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung für die Unterbringung.

C Das Recht der Eltern zur Bestimmung der Grundrichtung der Erziehung i.S. des § 3 Abs.1 JWG, sowie die sonstigen Einwirkungsmöglichkeiten der Eltern nach § 3 Abs.2 und 3 JWG

I. Die Rechte der Eltern nach § 3 Abs.1 JWG.

Die Fassung des Regierungsentwurfs in § 2a Abs.1¹⁾ hatte ihrem Inhalt nach lediglich den Grundgedanken des Art.6 Abs.2 GG wiedergegeben, wobei in der Begründung des Entwurfs²⁾ auf eine Formulierung des Bundesverwaltungsgerichts v.29.Juni 1957³⁾ Bezug genommen wurde. Nach diesem Entscheid gebietet sich eine Auslegung des Art.6 Abs.2 GG dahingehend, es den Eltern zu ermöglichen, sich bei der "Bestimmung der Lebensrichtung ihrer Kinder auch dem Staate gegenüber zu behaupten".⁴⁾ - Der Bundesrat wollte § 2 a Abs.1 des Regierungsentwurfs gestrichen haben mit der Begründung, daß diese Bestimmung überflüssig sei, weil sie im wesentlichen nur den Wortlaut des Art.6 GG wiedergebe⁵⁾. - Da die Bundesregierung zu einer Neuformulierung bereit war, schlug der Bundestagsausschuß für Familien- und Jugendfragen (10.Ausschuß) eine Neufassung dieses Absatzes vor, die der Bundestag auch übernahm. In dem Ausschuß wurde die Notwendigkeit hervorgehoben,⁶⁾ in einem Gesetz mit pädagogischem Charakter, wie dem JWG, die Elternrechte ausdrücklich anzusprechen, auch in dem Sinn eines Appells an die elterliche Verantwortung. Sicherung der Elternrechte und Stärkung der Verantwortung der Eltern sei^{en} wichtig. So kam es zu der jetzt gültigen Fassung des § 3 Abs.1 JWG, die angesichts der heutigen pluralistischen Gesellschaft die unterschiedlichen Auffassungen der Menschen sowie die sich daraus ergebenden unterschiedlichen Erziehungshaltungen respektiert.

Nach der Auffassung der Mehrheit des genannten Ausschusses gehören zur "Grundrichtung der Erziehung" vor allem die wesentlichen Fra-

1) siehe die Fass.in BT-Drs.2226, S.3 (Anlagen-Band 71).

2) BT-Drs.2226, S.17.

3) Entscheidung des BVerwG, Band 5, 155.

4) aaO., S.155.

5) siehe die Stellungnahme des Bundesrates zu diesem Punkt in BT-Drs. 2226, S.36, 3.

6) siehe den schriftl.Bericht d.Ausschusses in Krug, S.54 ff., 56.

gen der Ethik, der Erziehung auf Grund eines Bekenntnisses oder einer Weltanschauung wie auch die Grundlagen einer staatspolitischen Erziehung.¹⁾

Weil sich Abs.1 des § 3 JWG ausdrücklich auf alle Maßnahmen der öffentlichen Jugendhilfe erstreckt, ist auch bei der Durchführung der FEH der Elternwille in den Grenzen des § 3 JWG zu beachten. Im einzelnen gilt folgendes:

Außer der in § 62 JWG als Voraussetzung für die Gewährung der FEH geforderten Förderungsbereitschaft der Sorgeberechtigten für diese auf Freiwilligkeit beruhende Hilfsmaßnahme hebt die Bestimmung des § 3 Abs.1 Satz 1 noch einmal generell hervor, daß auch die FEH grundsätzlich unterstützenden Charakter hat und die Familienerziehung ergänzen soll. Damit wird das Elternrecht in § 1 Abs.2 und 3 JWG durch § 3 Abs.1 Satz 1 ausführlicher und nachdrücklicher betont. Das Elternrecht erscheint in § 1 JWG nur allgemein - angesichts des Sinnes des Art.6 Abs.2 GG nicht konkret genug. - Es handelt sich um eine den Vorrang des Elternrechts gegenüber der Administration klar zum Ausdruck bringende Erläuterung des natürlichen Erziehungsrechts der Eltern, die den einzelnen Maßnahmen der öffentlichen Jugendhilfe nur subsidiäre Bedeutung zuerkennt.

Fraglich erscheint, ob die Eltern aus dieser "Soll"-Vorschrift des § 3 Abs.1 Satz 1 JWG eine selbständige Beschwerde ableiten können, wenn dieser Grundsatz von der Erziehungsbehörde verletzt wird.

Riedel²⁾ schließt aus dem Wortlaut der Fassung, daß es sich hier lediglich um einen "Programmsatz", aber nicht um einen "Rechtsatz" handelt.

Im konkreten Bezugsfall der FEH erscheint es sehr fraglich, ob es sich hier lediglich um einen mehr oder weniger verbindlichen Programmsatz handelt. Da die FEH eine Maßnahme darstellt, die nicht gegen, sondern nur mit dem Willen der Eltern verwirklicht werden kann, also eine Maßnahme ist, die unterstützen und ergänzen soll, bedeutet § 3 Abs.1 Satz 1 JWG für die FEH eine konkrete Verpflichtung.³⁾

1) zit. aus dem schriftl. Bericht des genannten Ausschusses, abgedr. bei Krug, S. 56.

2) Komm. 3. Aufl., § 3, Anm. 2 = S. 83 oben.

3) Allenfalls für die FE könnte in § 3 Abs.1 Satz 1 JWG ein Programmsatz gesehen werden, weil hier auf Grund gesetzlicher Zulassung der Staat auch gegen den Willen der Eltern eingreifen darf und es auch muß, § 1 Abs.2 Satz 2 i.V. mit § 64 JWG.

Für die FEH jedenfalls kann § 3 Abs.1 S.1 JWG keine Ermessensentscheidung darstellen, sondern nur eine konkrete Verpflichtung.

Der Satz 2 des Abs.1 macht auch im Hinblick auf die FEH deutlich, daß der Elternwille, überhaupt der Wille der Personensorgeberechtigten zu beachten ist, soweit es sich um den Wesenskern ihrer Erziehungspflicht, nämlich um die Bestimmung der Grundrichtung der Erziehung, handelt.

Weil für die Berücksichtigung der "Grundrichtung der Erziehung" auch in der Durchführung der FEH Grenzen gesetzt sein müssen, stellt sich die Frage nach der Bedeutung dieser Terminologie, von der Potrykus¹⁾ wohl zu Unrecht sagt, daß sie unjuristisch und geradezu militärisch sei.

Im Einklang mit der oben angeführten Auffassung des Ausschusses für Familien- und Jugendfragen werden unter "Grundrichtung der Erziehung" Grundsätze verschiedener Art verstanden werden dürfen.²⁾ Hierzu werden Religiositätsbelange, Fragen der Ethik und der Weltanschauung zu rechnen sein, aber auch allgemeiner die Erziehungstendenz der Familie. Es müssen auch inbegriffen werden alle fundamentalen Entscheidungen politischer, weltanschaulicher oder pädagogischer Art, weil Erziehung im Hinblick auf eine konkrete Erziehungsrichtung ihrem Wesen nach wertgebunden ist. - Ähnlich umschreibt Lücken³⁾ das Bestimmungsrecht der Eltern dahingehend, daß diese den Geist der Erziehung und die Kräfte, die in ihr wirksam sein sollen, bestimmen. Diese weitgehende Definition wird durch Lücken aaO. noch näher dahin erläutert, daß die Bestimmung der "Grundrichtung" identisch sei mit der Bestimmung der "Lebensrichtung". Damit wird ausdrücklich auf die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 9.Juli 1957⁴⁾ Bezug genommen, in der die Bestimmung der Lebensrichtung als wesentlicher Inhalt des elterlichen Erziehungsrechts bezeichnet wurde. -

1) "Entw.eines Ges.zur Änd.u.Ergänz.des RJWG" in Zbl.1961,65,66.

2) vgl.hierzu auch Carspecken: "Programmat.Fragen des neuen Änd.ges. zum RJWG" in Zbl.60,309 ff.,310; und in RdJ 1961, 40 ff.

3) "Die rechtliche Rangordnung der Erziehungsträger in der öffentl. Jugendhilfe" in Pädagogische Rundschau 1962, S.309 ff.(311).

4) in BVerwGE Bd.5, S.153 ff. (155).

5) Die "Lebensrichtung" ist auch in der Bundestagsdrucksache Nr.2266/60 S.17 im Anlagen-Bd. 71 hervorgehoben.

Andererseits scheiden alle diejenigen Bestimmungen der Eltern aus, bei denen eine Grundrichtung der Erziehung nicht erkennbar vorhanden ist. Es wird nicht selten vorkommen, daß sich die Eltern über die Grundrichtung ihrer Erziehungstätigkeit kaum oder gar keine Gedanken gemacht haben. Leben sie auf religiösem, weltanschaulichem oder politischem Gebiet in einer indifferenten Haltung, sozusagen von heute auf morgen, so ist eine Grundrichtung der Erziehung nicht gegeben und kann daher auch nicht berücksichtigt werden, es sei denn, die Grundrichtung der Erziehung kann in der Indifferenz zu den Fragen der Religion, Weltanschauung usw. gesehen werden.

Schließlich muß die Berücksichtigung einer zweifellos vorhandenen Grundrichtung auch bei der FEH u.U. ihre Schranke finden. Diese Schranke besteht in der Wertgütertrias des Art.2 Abs.1 GG, also den Rechten anderer, der verfassungsmäßigen Ordnung und dem Sittengesetz. Wenn eine von den Eltern bzw. den Personensorgeberechtigten der Jugendbehörde gegenüber bestimmte oder erkennbar gemachte Grundrichtung der Erziehung nicht mit dieser Wertgütertrias vereinbar ist, so ist sie auch bei der Durchführung der FEH nicht zu beachten.

Eine weitere, vielleicht die wichtigste Schranke ist das Wohl des Kindes selbst. Sie ist in § 3 Abs.1 Satz 2 JWG ausdrücklich genannt. Diese bedeutsame Schranke stellt ein Bekenntnis zum Recht des Kindes auf Wahrung seiner eigenen Interessen gegenüber dem Machtanspruch der Eltern dar. Hier wird das Kindeswohl in Relation zum Bestimmungsrecht der Eltern gesetzt. Das war auch notwendig angesichts der erklärten Absicht des Gesetzgebers¹⁾, im neuen JWG das Elternrecht zu stärken. Sonst wäre leicht das Recht des Kindes auf Erziehung durch eine Überbetonung des Elternrechts geschwächt worden. Elterliches Erziehungsrecht ist aber "immer ein pflichtgebundenes Recht, also eine verfassungsrechtlich und familienrechtlich im Interesse des Kindes auferlegte Dauerpflicht"²⁾

Das Wohl des Kindes wird als oberstes Prinzip der staatlichen Erziehungshilfe stets als Regulation des Bestimmungsrechts der Eltern zu gelten haben, um so das Elternrecht vor der Gefahr der Hypertrophie zu bewahren.

1) siehe Begründung der Novelle 1961 in BT-Drs.2226 S.17(11.Sp.), in Anl.Bd.71.

2) zit.nach Lücken in dem auf S.105 Fußn.3 angeführten Beitrag, S.309.

Durch § 3 Abs.1 S.2 erlangt also nicht nur das Elternrecht eine besondere Bedeutung, sondern es wird im letzten Teil dieses Satzes auch das Kindesrecht mit der Forderung nach Berücksichtigung des Kindeswohls als regulierender Faktor herausgestellt. Ein Maßstab dafür, ob das Kindeswohl gefährdet ist oder nicht, bildet das Erziehungsziel des § 1 Abs.1 JWG. Dieser Maßstab bietet sich an; er ist zwar sehr allgemein - "Erziehung zur leiblichen, seelischen und gesellschaftlichen Tüchtigkeit" -, aber er bietet wohl die einzige Möglichkeit, mit Hilfe einer Legaldefinition die Gefährdung des Kindeswohls zu umschreiben. Hiervon ausgehend kann der Begriff der "Gefährdung" des Kindeswohls im Einklang mit dem BGB¹⁾ dahin interpretiert werden, daß eine Gefährdung des Kindeswohls nur dann gegeben ist, wenn sich bei "der weiteren Entwicklung der Dinge eine erhebliche Schädigung des geistigen oder leiblichen Wohles des Kindes mit ziemlicher Sicherheit voraussehen läßt."

Dabei müssen objektive Merkmale feststellbar sein, "daß die gesunde Entwicklung wahrscheinlich gestört und dies dem Minderjährigen zum Nachteil in leiblicher, geistiger oder seelischer Hinsicht gereichen wird!"²⁾ - Mit Rücksicht darauf, daß das Wohl des Kindes nach § 3 Abs.1 Satz 2 JWG in diesem Sinne nicht gefährdet werden darf, ist die Bestimmung der Grundrichtung der Erziehung nicht absolut.

Durch § 1 Abs.1 JWG wird die Möglichkeit der Kritik einer solchen Bestimmung gegeben. - Daß dieser Maßstab hier Anwendung finden muß, geht auch daraus hervor, daß er z.B. im Gewährungsverfahren nach § 62 JWG Eingang gefunden hat. - Darüber hinaus erscheint für die Beurteilung der Frage, wann das Wohl des Kindes gefährdet erscheint, erneut der Hinweis auf Art.2 Abs.1 GG gerechtfertigt.

Schließlich erheben sich Schranken für das Bestimmungsrecht der Eltern im Rahmen des Abs.1 Satz 2 der genannten Vorschrift

1) Beschluß v.14.7.1956 in FamRZ 1956, S.350 /351 li.Sp./.

2) nach Krug, Komm.z.JWG § 62, Bem.5; vgl. auch Jans-Happe, Komm.z.JWG § 55, Anm.3, der die Auslegung des Begriffes "Gefährdung" ebenfalls auf § 1 ausrichtet und zu folgender weitreichender Definition gelangt: Gefährdung ist dann anzunehmen, "wenn Anzeichen dafür vorliegen, daß die erzieherische Entwicklung des Minderjährigen vom normalen Verlauf i.S.von § 1 abweichen wird." Dabei sollen auch gelegentliche und weniger schwere Abweichungen eine Gefährdung darstellen können.

nicht nur, wenn die Eltern schuldhaft gegen das Wohl des Kindes verstoßen. Auch eine objektive Gefährdung, nicht erst eine Schädigung des Wohls des in FEH befindlichen Minderjährigen, ist beachtlich. Folglich können auch in diesem Fall die Eltern ihre (objektiv schädigenden) Vorstellungen über die Grundrichtung der Erziehung nicht durchsetzen.¹⁾

Satz 3 des § 3 Abs.1 JWG stellt das Recht der Eltern fest, die religiöse Erziehung ihres Kindes im Rahmen des Gesetzes über die religiöse Kindererziehung zu bestimmen. Diese A-ussage ist noch konkreter als der in den obigen Ausführungen behandelte Satz 2 in § 3 Abs.1, welcher die Bestimmung der Grundrichtung der Erziehung festlegt. - Satz 3 verschärft die Auswirkung des Satzes 2 in der Weise, daß ein derartiges Bestimmungsrecht über die religiöse Erziehung stets zu beachten ist. Dabei greift der Satz 3 des Abs.1 nicht in den Bereich des genannten Gesetzes über die religiöse Kindererziehung ein. - Somit stellt der Abs.1 des § 3 JWG wegen der großen Bedeutung, die dem Elternwillen nach dem Grundgesetz (Art.6 Abs.2 GG) zukommt, eine Schranke für die öffentliche Jugendhilfe und insbesondere für die Erziehungsbehörde im Falle der Durchführung der FEH dar. - Damit wird ein Gegengewicht gegen mögliche Übergriffe des Staates bei der Erfüllung seiner subsidiären Aufgabe gebildet.

II. Die in § 3 Abs.2 JWG manifestierte Verpflichtung, den Erziehungswünschen der Eltern zu entsprechen, besteht nur dann, wenn die Wünsche "angemessen sind und keine unvertretbaren Mehrkosten erfordern" (§ 3 Abs.2 am Ende).

Zunächst einmal muß zur Klärung festgestellt werden, daß sich diese Frage sowohl vor dem Beginn der Durchführung der FEH stellt, also bei Abschluß der öffentlich-rechtlichen Vereinbarung (nachdem grundsätzlich über die Gewährung der FEH entschieden worden ist), als auch im Verlauf der Durchführung selbst.

Das bedeutet nicht eine verschiedenartige Beurteilung des verpflichtenden Charakters in dem einen oder anderen Fall. - Es kann keinen Unterschied machen, zu welchem Zeitpunkt die Eltern ihre Wünsche geltend machen. Die erst im Verlauf der Durchführung

1) so i.Erg.Jans-Happe, § 3, 4B; Krug, § 3 Anm.7.

angemeldeten und erhobenen Wünsche, die von der Erziehungsbehörde berücksichtigt wurden, werden als vertragsergänzende oder erweiternde Vereinbarungen (öffentlich-rechtlichen Charakters) zu bezeichnen sein, während die gleich zu Anfang durch die Behörde akzeptierten Wünsche als Vertragsausfüllende, die Übertragung der Ausübung von Personensorgerechten im einzelnen bestimmende Abreden bezeichnet werden können. In beiden Fällen kann es sich nicht um eine einseitige Vertragsgestaltung durch die Eltern handeln. Das Schwerkgewicht der Gestaltsbefugnisse muß wegen der zu erfüllenden Aufgabe bei der Erziehungsbehörde liegen. Diese muß sich möglichst ohne große Einschnitte die Ausübung von Personensorgerechten in einem Umfang übertragen lassen, daß eine konstruktive Erziehungsarbeit gewährleistet wird. Die Erziehungsarbeit darf nicht wegen einer allzugroßen Berücksichtigung der Elternwünsche und -vorstellungen in Gefahr geraten, sich zu verzetteln. Daher darf der Berücksichtigung der Elternwünsche in beiden Fällen keine umfassende gestaltende Wirkung zukommen, sondern eher eine modifizierende im engeren Sinn des Wortes.

Im Gegensatz zu Abs.1 Satz 2 werden sich solche Wünsche der Eltern bei der Durchführung der FEH nur auf Einzelmaßnahmen richten und nicht generell und grundsätzlich die Gesamtmaßnahmen der FEH betreffen, wie das schon durch Abs.1 Satz 2 geregelt wurde. Besonders im Bereich des § 71 Abs.2 JWG wird dieses "Recht" der Eltern auf Beachtung ihrer Wünsche aktuell. Hier nämlich können sie darum bitten, daß ihr Kind entweder in einer Familie oder einem Heim untergebracht wird, und weitergehend, daß es in einer bestimmten Familie oder einem bestimmten Heim Erziehungshilfe erfahren soll. - Aber die Wünsche können sich u.a. nicht nur auf die Art der Unterbringung, sondern auch auf den Ort der Unterbringung - also auf die Frage, ob außerhalb oder am Wohnort der Eltern - beziehen.

Wie verhält sich eine solche Einwirkungsmöglichkeit der Eltern auf die Durchführung der FEH zu den Befugnissen der Erziehungsbehörde?

Wenn in § 71 Abs.1 JWG festgelegt ist - das gilt, wie erwähnt¹⁾

1) vgl. S. 54.

nach bestrittener Auffassung¹⁾ auch für die FEH - daß das LJA den Aufenthalt des Minderjährigen bestimmt, so könnte diese Befugnis der Behörde mit den Wünschen der Eltern aus § 3 Abs.2 JWG kollidieren.

Wie oben ausgeführt, übertragen die Eltern der Erziehungsbehörde zur Durchführung der FEH die Ausübung wesentlicher Bestandteile des Personensorgerechts durch öffentlich-rechtliche Vereinbarung. Diese Übertragung, z.B. des Aufenthaltsbestimmungsrechts, könnte im Hinblick auf § 3 Abs.2 JWG mit gewissen Auflagen oder Bedingungen verknüpft sein, dergestalt, daß sich die Behörde mit der Unterbringung in einem bestimmten Heim einverstanden erklärt. Aus § 3 Abs.2 JWG kann aber nicht gefolgert werden, daß die Eltern die Ausübung von Personensorgerechten nur für bestimmte, von vornherein durch sie zu berücksichtigende Maßnahmen übertragen dürften. Das würde eine unzulässige Beschränkung bei der Erfüllung öffentlicher Erziehungs-hilfemaßnahmen bedeuten. Vielmehr muß das Aufenthaltsbestimmungsrecht der Ausübung nach generell übertragen werden und kann im besonderen Fall, bei Angemessenheit und Vertretbarkeit i.S. des § 3 Abs.2 JWG mit Nebenabmachungen verbunden werden. Damit wird einmal das Interesse der Erziehungsbehörde auf generelle Übertragung nach Ausübung von Personensorgerechten und zum anderen dem Interesse der Eltern auf Verwirklichung von Sonderwünschen i.S. des § 3 Abs.2 JWG²⁾ Rechnung getragen.

Außer einer solchen Einwirkungsmöglichkeit der Eltern auf Art und Ort der Unterbringung können auf diese Weise z.B. die Fragen der Berufsausbildung und des Arbeitsplatzes gelöst werden.

Eine wichtige Frage in diesem Zusammenhang ist, ob die Eltern im Rahmen des § 3 Abs.2 JWG einen Rechtsanspruch auf Beachtung ihrer Wünsche haben. Was diese Frage der Elternwünsche angeht, so ist auf die Fassung des Gesetzeswortlauts abzustellen. Es handelt sich hier, wie bei § 3 Abs.2 BSHG um eine sogenannte "Soll-Vorschrift", also nicht um eine "Muß-Vorschrift".

Daraus könnte entnommen werden, daß die Eltern keinen Rechtsanspruch darauf haben, daß sich die öffentliche Jugendhilfe im Einzelfall nach ihren Wünschen richtet. Aber auch eine "Soll-Vor-

1) nach Krug (Komm.z.JWG) § 71, Anm.2, gilt § 71 Abs.1 JWG nicht für die FEH; ebenso Staudinger-Göppinger, Anhang z. § 1666, Rdnr.160.

2) Im wesentlichen ist diese Vorschrift dem § 3 Abs.2 BSHG v.30.6.1961 nachgebildet.

schrift" drückt eine starke Bindung aus. - Nach der Rechtsprechung des BVerwG¹⁾ sind "Soll-Vorschriften", "solange die Verwaltung nicht besondere Umstände dartun und beweisen kann, für die Verwaltung ebenso verbindlich wie Muß-Vorschriften." Damit hat die Erziehungsbehörde nur einen geringen Beurteilungsspielraum. Es stellt sich für sie nur die Frage, ob der eine oder andere Wunsch "angemessen" ist und keine "unvertretbaren Mehrkosten" erfordert. Wenn sie eine solche Frage verneinen will, dann muß sie im Einklang mit der zit. Entscheidung des BVerwG aaO. besondere Umstände vortragen und auch beweisen, daß der Elternwunsch nicht angemessen ist oder unvertretbare Mehrkosten erfordert.

Hierdurch erscheint die Position der Eltern gegenüber der Behörde erheblich gestärkt. Deshalb fragt es sich, wie weitgehend die Eltern verwaltungsgerichtlich gegen eine Ablehnung ihrer Wünsche vorgehen können, wenn sie glauben, daß die Interpretation der Erziehungsbehörde hinsichtlich der Begriffe "angemessen" und "unvertretbare Mehrkosten" fehlerhaft ist. Daß die Eltern auch die Möglichkeit der Gegenvorstellung und der Dienstaufsichtsbeschwerde haben, braucht hier nicht noch einmal besonders hervorgehoben zu werden. - Gedanklich bieten sich hier zwei Möglichkeiten an: einmal, daß die Entscheidung, ob oder wie weit den Wünschen der Eltern Rechnung zu tragen ist, nach pflichtgemäßem Ermessen zu treffen ist, also eine Ermessensentscheidung darstellt, die nur bei Ermessensmißbrauch oder Ermessensüberschreitung anfechtbar ist, oder aber, daß die Entscheidung wegen des Vorliegens unbestimmter Rechtsbegriffe schon dann juristisch nachprüfbar ist, wenn weder Ermessensmißbrauch noch Ermessensüberschreitung behauptet werden, sondern nur Unzweckmäßigkeit oder Unvertretbarkeit.

Unter Hinweis auf die Ausführungen zu § 62 JWG (zum Rechtsanspruch auf Gewährung von FEH) müßte hier vom pädagogischen Standpunkt ^{aus} davon ausgegangen werden, daß dem Träger der öffentlichen Jugendhilfe im Falle der FEH unter nicht zu engen Einschränkungen ein Ermessungsspielraum zu geben ist. Dieser Ermessungsspielraum wäre erforderlich, damit eine ausreichende öffentliche Er-satzerziehung überhaupt erfolgreich sein kann. Es wäre aus prak-

1) BVerwG-Urteil v.2.12.1959 in DVBl.1960, 252,253.

tischer Sicht unangebracht, den "Ermessungsspielraum" hier so einzuschränken, wie im Falle der unbestimmten Rechtsbegriffe, wo nach der geschilderten "Vertretbarkeitslehre" von Ule aaO. nur ein sehr kleiner Raum bleibt, in dem andere, abweichende Entscheidungen "vertretbar" sind. In der pädagogischen Praxis wären nämlich durchaus eine große Anzahl von Fällen denkbar, in denen die Eltern mit einer Vielzahl von Wünschen und Forderungen an die Behörden herantreten, daß dadurch, wenn sie alle berücksichtigt würden, der Erziehungserfolg in Frage gestellt würde. So würde z.B. der Erziehungserfolg in Frage gestellt, wenn die Eltern verlangen, ihr Kind zu jedem Wochenende zu besuchen und es auszuführen oder wenn sie ihm nach Belieben Päckchen mit Süßigkeiten und anderen Leckerbissen schicken wollen. Ein anderes Beispiel wäre, daß sie eine kontinuierliche Erziehungsarbeit dadurch beeinträchtigen, indem sie von vornherein die Beurlaubung des Kindes aus diesem oder jenem Grunde wünschen. Schließlich könnten die Eltern auch den Wunsch äußern, daß ihr Kind in einem ganz bestimmten Heim außerhalb des Bundeslandes ihres Wohnsitzes untergebracht wird. Daher wäre es im Interesse des Kindes eher zu begrüßen, wenn die Ausführungsbehörde einen angemessenen großen Beurteilungsspielraum bei der Prüfung der Frage hätte, ob die Wünsche der Eltern angemessen sind und keine unververtretbaren Mehrkosten erfordern. Und so müssen wohl auch Jans-Happe¹⁾, der auf Gottschick²⁾ verweist, sowie Krug³⁾ und Riedel⁴⁾ verstanden werden, wenn sie von einer Entscheidung im Rahmen des "pflichtgemäßen Ermessens" sprechen, die nur mit der Begründung, es liege ein Ermessensfehler vor, angefochten werden konnte, § 114 VwGO. - Das Gesetz läßt aber eine solche Interpretation, so angebracht sie aus der Sicht pädagogischer Zweckmäßigkeit auch sein könnte, nicht zu.

§ 3 Abs.2 JWG stellt keine "Kann-Vorschrift" dar, welche allein eine Ermessensentscheidung zuließe. Wenn auch die Frage, ob Mehrkosten entstehen oder nicht, eine reine Tatfrage ist, so ist doch

1) Komm.z.JWG, § 3, 6 B = S.76.

2) Komm.z.BSHG 1962, § 3 unter 5 = S.84.

3) Komm.z.JWG, § 3, Anm.10.

4) Komm.z.JWG, 3.Aufl., § 3, Anm.5 = S.85.

die Frage, ob die Mehrkosten unvertretbar sind oder nicht, eine Rechtsfrage, die im Rahmen der Nachprüfbarkeit eines unbestimmten Rechtsbegriffs generell justitiabel ist. Ebenso verhält es sich mit der "Angemessenheit". Aus der Perspektive der "Vertretbarkeitslehre" bleibt lediglich ein enger Raum der Beurteilung. Das wird durch die zitierte Entscheidung des BVerwG v.2.12.1959¹⁾ bestätigt. - Wenn Jans-Happe aaO. in § 3 Abs.2 JWG einen Ermessensspielraum i.S. einer Ermessensentscheidung sehen sollte - wie offensichtlich Krug aaO. und wohl auch Riedel aaO., - dann kann dem nicht gefolgt werden. - Der Gesetzgeber geht mit dieser "Soll-Vorschrift" bewußt oder unbewußt nahe an eine "Muß-Vorschrift" heran und stärkt damit das Elternrecht in einer Weise, die im Einzelfall nahe an eine Gefährdung des Kindeswohles rücken kann. - Es gilt daher, die in § 3 Abs.2 JWG enthaltenen unbestimmten Rechtsbegriffe mit einem Gehalt zu versehen, der es erlaubt, dem Kindeswohl im Einzelfall gegen mögliche erziehungs-inadäquate Wünsche der Eltern zum Siege zu verhelfen. Ein spezieller Wunsch der Eltern kann folglich dann nicht mehr angemessen sein, wenn er zur Erreichung des erzieherischen Ziels nicht beitragen kann.

Ganz ausscheiden muß ein Wunsch, wenn er das Erziehungsbe-mühen der Ausführungsbehörde i.S.des § 1 Abs.1 JWG beeinträchtigen würde. - Ein weniger strenger Maßstab wird von juristischer Seite bei dem Begriff "unvertretbare Mehrkosten" anzulegen sein. Die Kostenfrage sollte weniger genau genommen werden als die rein erzieherischen, immateriellen Bedürfnisse des Kindes. - Daher wird sich auch ein geringfügiges Überschreiten von sonst üblichen Kosten bei Berücksichtigung des Elternwunsches durchaus vertreten lassen. - Auf diesem Gebiet ließe sich die im § 3 Abs. 2 JWG manifestierte Absicht des Gesetzgebers, eine dem Elternwillen entsprechende Durchführung insbesondere der FEH zu gewährleisten, am ehesten verwirklichen.

Ob ein von den Eltern vorgetragener Sonderwunsch überteuert ist oder noch vertretbar, ist, wie gesagt, keine echte Ermessensentscheidung und daher für die Eltern verwaltungsgerichtlich nachprüfbar.

1) in DVBl. 1960, 252, 253.

III. Abs.3 des § 3 JWG, der bestimmt, daß die Zusammenarbeit mit den Personensorgeberechtigten bei allen Maßnahmen der öffentlichen Jugendhilfe anzustreben ist, hat für das Elternrecht in der FEH vergleichsweise weniger aktuelle Bedeutung als die Bestimmungen der vorhergehenden Absätze des § 3 JWG.

Die Vorschrift des Abs.3, die als unmittelbarer Ausfluß des Abs.1 betrachtet werden kann, spricht als grundsätzliche und pädagogische Forderung die FEH nur bedingt an, weil die Gewährung und Durchführung der FEH ohnehin die Förderungsbereitschaft und den Willen der Eltern zur Zusammenarbeit wesensmäßig voraussetzen, § 62 JWG. - Deshalb hat die Bestimmung des Abs.3 in erster Linie für die übrigen Maßnahmen des Abschnittes VI seine grundsätzliche Bedeutung. Für die FEH hat diese Vorschrift nur bekräftigende Wirkung. Sie wendet sich damit nicht nur an die Erziehungsbehörde, sondern auch an die Personensorgeberechtigten, also auch insbesondere an die Eltern. Gegenüber beiden wird durch Abs.3 eher eine Verpflichtung begründet, als Rechte entstehen können. Daher werden die Eltern unmittelbar auf Grund dieser vom Gesetzgeber erhobenen Forderung zur Zusammenarbeit verpflichtet, die für die FEH beinahe selbstverständlich ist. Für die Ausführungsbehörde begründet § 3 Abs.3 JWG eine Verpflichtung. Konkrete Rechte gegen die Erziehungsbehörde können nicht abgeleitet werden. Allenfalls könnte sich aus § 3 Abs.3 JWG in Verbindung mit § 62 JWG ein Recht der Eltern auf angemessene Unterrichtung ableiten lassen. Ein solches Recht folgt aber schon allgemein aus dem Wesen der FEH, die, wie bereits näher ausgeführt, auf Zusammenarbeit und Einvernehmen von Eltern und Behörde aufbaut. Durch § 3 Abs.3 JWG in Verbindung mit § 62 JWG (am Ende) erfährt dieses Recht eine Konkretisierung.

D Das Elternrecht und die Befugnisse zur Ausführung und Durchführung der in FEH notwendigen Maßnahmen auf personensorge-rechtlichem Gebiet

I. Die allgemeinen erzieherischen Befugnisse der Erziehungsbehörde

1. Unterscheidung von Ausführung und Durchführung bei der FEH.

a) Nach § 69 Abs.1 JWG kommt dem LJA die verantwortliche Stellung im "Ausführungsverfahren" der FEH zu. - Schon im alten RJWG wurde bei der FE zwischen Ausführung und Durchführung unterschieden. So war in den §§ 70 und 69 Abs.IV RJWG für die FE von der Ausführung die Rede, die als rechtliche und pädagogische Verantwortlichkeit und Lenkung, sowie als die damit verbundene Entscheidungsbefugnis verstanden werden konnte. Hiervon hob sich die Durchführung ab - vgl. besonders § 62 RJWG - als die konkrete, unmittelbare Erziehungstätigkeit, welche als individuelle Tätigkeit der Erziehungspersonen in einer geeigneten Familie oder einer Anstalt geleistet wurde.

Eine solche begriffliche Unterscheidung wurde auch bewußt in das neue Gesetz übernommen, wo in dem erwähnten § 69 Abs.1 JWG von der Ausführung der FEH die Rede ist, dagegen in Abs.3 dieser Vorschrift von der Durchführung derselben. - Durch § 69 Abs.3 JWG wird die individuelle Durchführung der FEH jedenfalls bundesrechtlich unter die Aufsicht des LJA gestellt.

b) Die landesgesetzgeberische Kompetenz nach § 74 Abs.1 und 2 JWG. Nach § 74 Abs.1 JWG wird der Landesgesetzgebung die Regelung über das Nähere der "Ausführung" der FEH zugestanden. Das bedeutet - argumentum e contrario - daß ihr nicht eine Regelungsbefugnis über das Nähere der Durchführung der FEH überlassen bleibt.¹⁾

Letzteres ist demnach allein Sache der Ausführungsbehörden. - Was die durch § 74 Abs.1 JWG geforderte landesrechtliche Regelung der Ausführung der FEH anbetrifft, so ist diese schon im Rahmen der §§ 69-73 in wesentlichen Fragen bereits durch Bundesgesetz bundeseinheitlich bestimmt. Nur im Rahmen dieser Vorschriften ist eine landesgesetzliche Erweiterung möglich. Nicht dagegen

1) Das gilt nur im Prinzip. Daß sich die Regelung der Ausführung und Durchführung überschneiden können, zeigen die Erörterungen auf S.137.

wird die Landesgesetzgebung eine Änderung des Ausführungsrechts vornehmen können, die dem Wesen und dem Charakter der §§ 69-73 JWG widersprechen. - So wird z.B. dem Landesrecht vorbehalten sein dürfen, Grundsätze über die Frage aufzustellen, wann im Einzelfall Heimunterbringung erfolgen soll und wann Familienunterbringung. Oder es könnte eine Konkretisierung des Begriffs "Zuchtmittel" und eine Festlegung des Strafsystems in der FEH vorgenommen werden. - Die Grenze des Begriffs der Regelung der "Ausführung" i.S. des § 74 Abs.1 JWG würde jedoch überschritten werden, wenn dem Landesrecht auch noch die Bestimmung der Einzelbefugnisse des Heimleiters im pädagogischen Einzelfall zuerkannt würden. - Diese Regelung gehört - trotz der Auffassung von Riedel¹⁾, daß Ausführung und Durchführung praktisch gleich seien - zur Durchführung der FEH, die vom Landesgesetzgeber nicht vorgenommen werden darf. Wenn man jedoch die Ansicht vertritt, daß sich die Begriffe "Ausführung" und "Durchführung" teilweise decken wie zwei sich schneidende Kreise, dann muß es im Rahmen des § 74 Abs.1 JWG zulässig sein, durch Ausführungsvorschriften nähere Bestimmungen allgemeiner Art über die Durchführung der FEH in Heim oder Familie zu treffen. Im Prinzip muß aber m.E. davon ausgegangen werden, daß Einzelheiten der Durchführung der FEH nicht durch Landesrecht geregelt werden dürfen. In diesem Sinn hat auch der Runderlaß des Arbeits- und Sozialministers von Nordrhein-Westfalen vom 10.4.1964²⁾ allgemeine Vorschriften erlassen, die in erster Linie die Ausführung der FEH durch das LJA betreffen. So muß der Antrag auf Gewährung von FEH eine Erklärung enthalten, "durch die das LJA für die Dauer der FEH ermächtigt wird, Arbeitsverträge für den Minderjährigen abzuschließen und den Arbeitsverdienst, die Lehrlingsbeihilfe und die Renten des Minderjährigen zu verwalten und für ihn zu verwenden." Weiter ist bei der Antragstellung eine Erklärung erforderlich, aus der hervorgeht, "daß die Personensorgeberechtigten sich darüber im Klaren sind, daß das LJA für die Dauer der FEH die für die Durchführung dieser Erziehungsmaßnahmen erforderlichen Aufsichts- und Erziehungsrechte ausübt, insbesondere ..." ³⁾ Diese Bestimmungen gelten für das

1) Komm. z. JWG, 3. Aufl., § 69, Anm. 3 = S. 712.

2) in Ministerialblatt für das Land NRW, Ausgabe A, 17. Jg., Nr. 56, S. 666.

3) aaO., unter III, Ziff. 6 und 7.

LJA, das in NRW über den Antrag auf Gewährung der FEH entscheidet und dem die Ausführung der FEH obliegt. Daher regelt der zit. Runderlaß in erster Linie die Ausführung der FEH, damit allerdings mittelbar und teilweise deren Durchführung.

Wichtig für eine landesrechtlich abweichende Regelung der Ausführung ist die Delegationsbefugnis des § 74 Abs. 2 JWG. Nach dieser Vorschrift kann die jeweilige Landesregierung unter bestimmten Voraussetzungen die Ausführung der FEH anderen Behörden übertragen. Diese Vorschrift ist gegenüber § 89 JWG lex specialis und drängt diesen daher im Abschnitt VI JWG zurück.¹⁾ Sie gibt die Möglichkeit, in einem Bundesland, in dem die Ausführung der FEH am 1.1.1961 nicht dem LJA oblag, z.B. dem JA zu belassen.

Wenn auch in den meisten Bundesländern die FEH heute durch die überörtlichen LJÄ ausgeführt wird²⁾, so soll u.a. Hessen hervorgehoben werden, das durch Verordnung v. 15. Oktober 1965³⁾ auf Grund des § 74 Abs. 2 JWG bestimmt hat, daß die FEH vom JA im Einvernehmen mit dem Landeswohlfahrtsverband Hessen gewährt und ausgeführt wird.- Ebenfalls der Ausführung des JA unterliegt die FEH in Bayern durch Verordnung vom 11. Juli 1962⁴⁾ und in Bremen und Bremerhaven durch Gesetz zur Ausführung des JWG i.d. Fassung vom 26. Juni 1962⁵⁾.

2. Die verantwortliche Stellung des LJA (bzw. JA) bei der Ausführung im Hinblick auf Erziehungsplanung und Erziehungslenkung in der FEH.

Die Übertragung der Ausübung wesentlicher Bestandteile des Personensorgerechts auf die Ausführungsbehörde geschieht grundsätzlich in dem Umfang, der für die Verwirklichung des Erziehungsanspruchs i.S. des § 1 JWG erforderlich ist. Es handelt sich hier nicht etwa um eine enumerative Übertragung, sondern um einen komplexen Vorgang. Somit gehört grundsätzlich alles das zu den Befugnissen der Ausführungsbehörde, was zum Umfang der Erziehungs-

- 1) nach herrsch. Meinung (siehe Riedel), 3. Aufl., § 74, Anm. 3 = S. 739, Krug, § 89, Bem. 3; Jans-Happe, § 74, Bem. 3; Beuermann in UJ 1963, Heft 7, S. 292.
- 2) siehe die Aufzählung bei Jans-Happe, § 74 Bem. 3.
- 3) Verordnung über die Zuständigkeit auf den Gebieten der FEH und der FE v. 15. Oktober 1965 (GVBl. 1965, S. 232), § 1 Abs. 1.
- 4) 1. VO zur Übertragung von Zuständigkeiten des LJA v. 11. Juli 62, (GVBl. S. 164), § 1.
- 5) Brem. GBl. 1957, § 184, 1962, S. 159.

aufgabe zu rechnen ist. Die Erziehungsaufgabe ihrerseits besteht in der Erfüllung des Rechts des Kindes auf Erziehung "zur leiblichen, seelischen und gesellschaftlichen Tüchtigkeit" (§ 1 Abs.1 JWG). - Wenn das LJA (bzw. JA) diese derivativen Rechte zur Durchführung im Einzelfall auf den Heimträger oder die Familie delegiert - sie ist dazu von den Eltern ausdrücklich oder durch stillschweigendes Einverständnis ermächtigt - dann verbleibt ihm die Aufsicht (§ 69 Abs.3 Satz 3 JWG), die sich darauf zu erstrecken hat, "daß das leibliche, geistige und seelische Wohl des Minderjährigen gewährleistet ist."¹⁾ - Dessen ungeachtet stehen der Ausführungsbehörde weiterhin die grundsätzlichen pädagogischen Entscheidungen zu. Das ergibt sich zum Teil schon daraus, daß ihr allein nach § 71 Abs.1 JWG die Ausübung des Aufenthaltsbestimmungsrechts vorbehalten bleibt.

Weil die Übertragung von Ausführungsbefugnissen ein so komplexer Vorgang ist, kann es schwierig sein, festzustellen, ob für die eine oder andere Maßnahme bei der Durchführung die Legitimation gegeben ist. - Hier ist von dem Obersatz auszugehen, daß Aufsichtsbehörde und Durchführungsstelle niemals mehr Rechte ausüben können, als ihnen ursprünglich von den Eltern übertragen wurden. In diesem Sinne bestimmt die Erziehungsbehörde - unter Beachtung der durch die Eltern bestimmten Grundrichtung der Erziehung (§ 3 Abs.1 S.2 JWG) und unter Berücksichtigung ihrer Wünsche bzgl. der Gestaltung (§ 3 Abs.2 JWG) - auf welche Art die FEH durchzuführen ist.²⁾ - Dabei ist im Einzelfall immer von der besonderen pädagogischen Situation auszugehen und nicht von einer schematischen Regelung. So wird Familienerziehung in erster Linie dann in Frage kommen, wenn der Erziehungsnotstand noch nicht erheblich ist. - Trotz der aus dem Gesetz ersichtlichen grundsätzlichen Vorrangigkeit der Familienerziehung wird die FEH in den meisten Fällen wegen der besonderen pädagogischen Schwierigkeiten der

- 1) Über das Verhältnis zu den Aufsichtsrechten nach den §§ 31 Abs.1, S.2 und 78 JWG siehe Pant "Heimaufsicht und Aufsicht üb. Mijä." in Zbl.1962, S.195 ff. als Erwiderung auf Jans in Zbl. 62, 121 ff.
- 2) Für Hessen soll die frühere Regelung erwähnt werden, nach der Unterbringung und Erziehungsleitung während der Durchführung nach den "Richtlinien für die Durchführung der Erziehungsfürsorge.." (heutige FEH) v.8.V.1954 dem JA oblagen (Abdruck der Richtlinien bei K.H.Deutsch "Die Aufgaben der FE-Behörde des Landeswohlfahrtsverbandes in Hessen", in Nr.1 der Schriften des LWV-Hessen, S.32 ff.

Minderjährigen mit der Heimerziehung beginnen müssen. Denn hier besteht in größerem Umfang die Möglichkeit, die Erziehungssituation zu analysieren und auf Grund der gewonnen^{en} pädagogischen Diagnose einen Erziehungsplan zu entwerfen. Hier bietet sich auch die Möglichkeit, ein Gutachten medizinischer, insbesondere auch kinderpsychiatrischer sowie pädagogischer Art - falls es für erforderlich gehalten wird - einzuholen.

Die allgemeine Tendenz zur Heimerziehung beruht aber nicht nur auf pädagogischem Zweckmäßigkeitsdenken, sondern auch auf dem weitgehenden Mangel, in dem erforderlichen Maß Familien zu finden, die hierfür "geeignet" sind und sich für diese schwierige und wirtschaftlich wenig attraktive Erziehungsarbeit bereit finden. - Aus der übersichtlichen Auswertung der Statistiken des AFET ab 1950 durch Carspecken¹⁾ geht hervor, daß im Bundesgebiet und Westberlin am 31.3.1955 63,5 % der Minderjährigen der FEH in Heimen untergebracht waren (zum gleichen Zeitpunkt waren es bei der FE nur 47 %). Diese Prozentzahl hat sich bis zum 31.12.1962 auf 80,5 % gesteigert (bei der FE nur auf 60 %)²⁾. Zum letztgenannten Zeitpunkt befanden sich im Bundesgebiet nur 4 % der durch FEH betreuten Minderjährigen in fremder Familien-erziehung; in Westberlin waren es nur 0,6 %.³⁾ Der Rest von 80,5 % Heimunterbringung und 4 % Familienunterbringung zur Gesamtzahl der Unterbringungen entfiel auf Unterbringungen in Dienst- und Lehrstellen. - Wenn auch der hohe Anteil der Heimunterbringungen z.T. darauf beruhte, "daß in verschiedenen Ländern die FEH nur für die Dauer der Heimerziehung Anwendung findet"⁴⁾, so zeigt die Jahresstatistik zum 31.12.1963,⁵⁾ über die Durchführung der FE und FEH nach Inkrafttreten des neuen JWG (1.Juli 1962) kaum ein wesentlich anderes Bild. Hiernach befanden

1) in Mitgl.Rdbr.des AFET April 1964 (Nr.2) S.16.

2) zit.aus der Jahresstatistik 1962 in Mitgl.Rdbr.des AFET Feb.1964 (Nr.1),Tabelle II 1 u.2 = S.3 und 4.

3) zitiert nach der Statistik in Mitgl.Rdbr.Feb.1964 (Nr.1) vgl.oben.

4) zit.aus der Statistik II, 2 aa0.

5) siehe den vom statistischen Bundesamt in Wiesbaden Fachserie K herausgegebenen Bericht "Öffentliche Sozialleistungen",Reihe 2. Öffentliche Jugendhilfe 1963; Verlag Kohlhammer 1965 = Mitglieder-Rundbrief des AFET Nr.6 aus 1965, S.37 ff.

sich im gesamten Bundesgebiet bis zum 31.12.1963 54,9 % der in FE betreuten Minderjährigen¹⁾ und 74,6 % der in FEH betreuten Minderjährigen²⁾ in Heimen. Diese Entwicklung zur Heimerziehung geht auch aus der zusammenfassenden Untersuchung von Carspecken³⁾ hervor, wonach sich das Verhältnis immer mehr zur Heimerziehung verschoben hat. - Bei der Entscheidung der Frage, welche Art der Unterbringung zu gewähren ist, besteht für die Ausführungsbehörde somit keine allzugroße Wahlmöglichkeit.⁴⁾ Zur Erklärung der zahlenmäßig großen Heimunterbringung muß noch beachtet werden, daß sich die Eltern oft erst dann zur Stellung des Antrags auf Gewährung der FEH entschließen, wenn die Situation für sie ausweglos erscheint und dann auch eine Familienpflege nicht mehr in Betracht kommen wird. -

Die Entscheidung über die Art und Weise der Ausführung der FEH, insbesondere die konkrete Bestimmung des Heims oder der Familie, sind als Ausfluß der öffentlich-rechtlichen Aufgabenerfüllung der Erziehungsbehörde Verwaltungsakte⁵⁾ im Sinne der VWGO. Weil eine solche Entscheidung im Hinblick auf die Einwirkungsmöglichkeiten der Eltern nach § 3 JWG eine unmittelbare Wirkung auf die Rechtsstellung der Eltern auszuüben vermag, ist gegen sie nach erfolglosem Widerspruch (§ 68 VWGO) die verwaltungsgerichtliche Anfechtungsklage zulässig. Aus diesem Grunde kann der Auffassung von Jans-Happe⁶⁾ nicht gefolgt werden, der diese Entscheidung als von einem öffentlichen Erziehungsrecht abgeleiteten Akt und nicht als Verwaltungsakt bezeichnet. -

Eine andere Frage ist in diesem Zusammenhang, ob die FEH weitergeführt werden kann und soll, wo das Einvernehmen der Beteiligten in einer Weise gestört ist, daß es eines gerichtlichen Ver-

1) vgl. Mitgl. Rundbrief des AFET Nr. 6 aus 1965 unter II, 1 = S. 38.

2) vgl. Rundbrief des AFET Nr. 6 aus 1965 unter II, 2 = S. 39.

3) Mitgl. Rdbr. Nr. 2 1964, S. 16.

4) Über die Entwicklungstendenz der Heimerziehung: Carspecken, Probleme der Heimerziehung .." in RdJ 1961, S. 166 ff.

5) so i. Erg. Krug, § 69 Anm. 10; Riedel, 3. Aufl., § 69, 4 = S. 715, der Bay. VGH v. 14.2.55 in ND 55, 334 und vom 24.9.56 in ND 57, 148, stellte das für die FE fest. Da beide Maßnahmen (FE und FEH) ö.-r. Aufgabenerfüllung darstellen, gilt diese Feststellung ausnahmsweise auch für die FEH.

6) Komm., § 69, Bem. 7 A.

fahrens zur Klärung einer Streitfrage bedurfte. Diese Frage müssen sich die Eltern (§ 75 Abs. 3 JWG), aber auch die Ausführungsbehörde stellen. Hier sollte lediglich auf die rechtlichen Möglichkeiten der Eltern hingewiesen werden. Ein weiterer Hinweis ist erforderlich im Zusammenhang mit einer eventuellen Aufsichtspflichtverletzung der Aufsichtsbehörde. § 69 Abs. 3 Satz 3 JWG umreißt den Umfang der Aufsicht der Ausführungsbehörde über die Durchführung der FEH. Diese Aufsichtspflicht erstreckt sich auf alle Phasen des einzelnen Erziehungsvorganges im Rahmen des Erziehungsplans, also auch darauf, daß Unterkunft und Erziehung im Sinne des Erziehungsziels erfolgen. Sie beinhaltet insbesondere eine ärztliche Mitwirkung bei der Unterbringung, um festzustellen, ob der Minderjährige aus gesundheitlichen Gründen für eine Familien- oder Heimunterbringung in Betracht kommt, ob er an einer ansteckenden Krankheit leidet und dadurch andere Minderjährige gefährdet und ob und in welchem Umfang ärztliche Nachuntersuchungen erforderlich sind.- Eine solche Untersuchung wird in aller Regel zu fordern sein. Daß sie erfolgt, obliegt der Sorge der Aufsichtsbehörde. Wird diese Pflicht, sich ärztlich zu vergewissern, schuldhaft verkannt, so kann darin ebenso eine Amtspflichtverletzung gesehen werden¹⁾, wie wenn späterhin nötige Kontrollen und Prüfungen unterlassen werden. Kommt der Jugendliche dadurch gesundheitlich zu Schaden, so können die Eltern (für den Minderjährigen) den Träger der Ausführungsbehörde auf Grund § 839 BGB in Verbindung mit Art. 34 GG haftbar machen.- Die Frage, ob das Aufsichtsrecht und die Aufsichtspflicht der Ausführungsbehörde auch das Recht einschließt, in eine ärztliche Behandlung einzuwilligen, die einen Eingriff in die körperliche Integrität,

¹⁾ so der BGH v.3.12.1956, in Zbl. 1957, S.87 = Sammlung jugendrechtlicher Entscheidungen (S.j.E.) in dem "Handbuch des gesamten Jugendrechts" 16,325 = Lindenmaier-Möhring (Nachschlagewerk des BGH) § 839 (Fe) BGBNr. 5 für die FE, was hier entsprechend gilt, da es sich auch bei der FEH um ein besonderes Gewaltverhältnis handelt. Im übrigen erstreckt sich § 69 Abs. 3 JWG sowohl auf die FEH als auch auf die FE; die pädagogische Situation ist die gleiche; insofern kann auch auf den alten § 70 Abs. 2 S.4 RJWG hingewiesen werden.-Vgl.auch das BGB-Urteil v.14.3.1960 in MDR 1960, 474 und besonders Claussen, "Die Sorge für die Gesundheit des Minderjährigen" in Neue Schriftenreihe d.AFET Heft 8/1954, S.70; über die ärztliche Mitwirkung siehe auch (LG Lübeck (Beschl.v.16.2.59) in Dt.Rspr.I, 169,50,d).

nämlich eine Operation mit sich bringt, soll später erörtert werden (3. Kap. D II 3). - Außer gesundheitlichen Schäden kommen aber auch andere Nachteile in Betracht.¹⁾

Außer einer solchen Haftungspflicht der Behörde gegenüber den Eltern kann auch eine Haftung gegenüber außenstehenden Dritten entstehen, wenn diese durch Minderjährige geschädigt werden, die aus dem Heim entwichen sind.²⁾ Die in diesem Zusammenhang auftauchende Problematik braucht jedoch hier nicht erörtert zu werden.

II. Die einzelnen Befugnisse der Erziehungsbehörde auf dem Gebiet der tatsächlichen Personensorge bei der Durchführung der FEH im Hinblick auf das Elternrecht

1. Besteht während der Durchführung der FEH ein (körperliches) Züchtigungsrecht?

In pädagogischer Hinsicht ist die Strafe ein problemreiches und schwierig zu handhabendes Erziehungsmittel. Das gilt besonders für die körperliche Züchtigung. - Aber auch vom rechtlichen Standpunkt aus ist dieses Problem nicht einfach. Dabei muß eine Aussage über den Wert oder Unwert der körperlichen Züchtigung als Erziehungsmittel außer Betracht bleiben.

Die Beantwortung der vorstehenden Frage könnte leicht erscheinen, wenn argumentiert würde: Das Züchtigungsrecht folgt aus dem Erziehungsrecht, und da letzteres der Ausführungsbehörde - mit der Ermächtigung zur Subdelegation - der Ausübung nach von den Eltern zum Zwecke der Durchführung der FEH übertragen wurde, kann es keinen Grund dafür geben, weshalb der Behörde nicht ebenso wie den Eltern ein Züchtigungsrecht zuzubilligen ist. Ein weiterer Grund könnte sein, daß schon bei Geltung des RJWG der Fürsorgeerziehungsbehörde das Recht zur körperlichen Züchtigung zugestanden wurde³⁾. Weil die FEH und die FE vom heutigen pädagogischen Standpunkt aus institutionell nicht verschieden zu behandeln sind, müßte auch das Züchtigungsrecht in der FEH gegeben sein.

1) siehe hierzu Jans-Happe § 69, 10 C mit diesbezügl. Rechtsprechg. J.-H. fordert von den Heimen den Abschluß von Haftpflichtverträgen.

2) vgl. hierzu BGH-Urteil v. 25.2.57 in RdJ 1957, S. 175 ff., wonach die Erziehungsbehörde kraft ihrer Erziehungs- und Aufsichtspflicht Vorsorge treffen muß, "daß ein ihr anvertrauter Zögling keinen Schaden anrichtet oder strafbare Handlungen begeht"; vgl. auch Jans-Happe, § 69, 10 C.

3) so u. a. Riedel, RJWG-Komm., 2. Aufl., § 70 Anm. 8 = S. 320; Potrykus, RJWG-Komm. 1955, § 70, 3a) = S. 324 (oben); über den Umfang vgl. die nachfolgenden Ausführungen.

Richtig ist sicherlich, daß die Eltern im Rahmen ihres Erziehungsrechts und ihrer Erziehungspflicht (§ 1631 Abs.1 BGB) das Recht auf Anwendung von Zuchtmitteln haben, soweit es nicht über das durch den Erziehungszweck gebotene Maß hinausgeht. Dieses Recht ist zwar in § 1631 BGB nicht ausdrücklich genannt, wie in § 1631 Abs.2 a.F., es liegt aber hier keine materielle Änderung vor.

Fraglich kann nur der Umfang des elterlichen Züchtigungsrechts sein.¹⁾ Innerhalb der Angemessenheit schließt die Ausübung des Züchtigungsrechts die Rechtswidrigkeit des Tatbestands der Körperverletzung (§ 223 StGB) aus.²⁾

Wenn das so ist, dann stellt sich die Frage, ob das elterliche Züchtigungsrecht der Ausübung nach auf Dritte übertragen werden kann. Das RG³⁾ hat diese Frage bejaht, der BGH⁴⁾ hat sich dieser Auffassung angeschlossen mit dem Hinweis, daß ein solches Recht in der Hand eines Dritten "mit Rücksicht auf das Fehlen der Eltern-Kind-Beziehung einen anderen Inhalt bekommt"⁵⁾, als wenn es die Eltern selbst ausüben. - Trotz der höchstpersönlichen Natur der Elternrechte aus Art.6 Abs.2 GG, § 1631 Abs.1 BGB spricht das nicht gegen eine grundsätzliche Übertragbarkeit der Ausübung auch des Züchtigungsrechts. Allerdings muß unter Berücksichtigung der inhaltsmäßigen Änderung bei der Ausübung durch Dritte der Rahmen der Befugnisse eng gesteckt werden.

Wenn zur Durchführung der FEH u.a. die Ausübung der Erziehungsbefugnisse übertragen werden, so liegt darin nicht ohne weiteres die volle Übertragung der Ausübung des Züchtigungsrechts.⁶⁾ Hier könnte sich für die FEH eine Schwierigkeit auf tun, die sich bei der FE, wo originäre Rechte des Staates gegeben sind, nicht ergibt.

Bei der FEH kann davon ausgegangen werden, daß Erziehungsmaßnahmen, die gegen den erklärten Willen der Eltern ausgeführt werden,

- 1) Einen sehr weitgezogenen Rahmen ließ das Urteil des BGHSt v. 29.9.1952 in NJW 1953, 1440, erkennen, wonach die Eltern, die ihre 16-jährige, sittlich verdorbene Tochter durch Kurzschneiden der Haare und Festbinden an Bett und Stuhl bestrafen, nicht das elterliche Züchtigungsrecht überschreiten. Hiergegen Krüger in FamRZ 1956, 329, 334.
- 2) der BGH (v. 14.7.1954) in NJW 1953, 1615 hielt an der in der Rechtsprechung und im Schrifttum seit jeher h.M. fest, daß Schläge usw. den Tatbestand des § 223 StGB erfüllen.
- 3) RGSt v. 2.1.1900 in RGSt 33, 32 ff; RGSt v. 8.2.27 i. RGSt 61, 191 ff
- 4) BGHSt. v. 1. Juli 1958 in BGHSt. Bd. 12, 62 ff.
- 5) BGH aaO., S. 68.
- 6) vgl. hierzu RGSt. v. 13. V. 1941 in RGSt. 76, 4 ff.

auch gegen das Wesen dieser Erziehungsform verstoßen. Wenn sich also die Eltern über die Einflußmöglichkeit des § 3 JWG gegen körperliche Züchtigung ausgesprochen haben, dann wird sich die Ausführungsbehörde und ihr jeweiliges Organ daran zu halten haben. Ihr steht dann in keinem Fall das Recht auf körperliche Züchtigung zu. - Im übrigen wird jedoch ein Recht auf körperliche Züchtigung grundsätzlich auch bei der FEH vom juristischen Standpunkt aus zu bejahen sein¹⁾, weil die Eltern angesichts ihres eigenen Unvermögens die Erziehungsbehörde um Hilfestellung und Ersatzerziehung ausdrücklich gebeten haben und ihr dabei einvernehmlich elterliche Rechte der Ausübung nach zur Verfügung gestellt haben.

So bliebe nur noch die Frage zu beantworten, wie weit ein solches Züchtigungsrecht in der FEH gehen darf. Wie schon oben festgestellt, wird durch die inhaltliche Veränderung des Rechtes in der Hand des Dritten der Rahmen der Befugnisse erheblich enger gesteckt werden müssen als bei den Eltern, so daß die körperliche Züchtigung nicht als Vergeltung oder aus persönlicher Beleidigung oder Verärgerung des Straftatverursachenden erfolgen darf. Nur in sehr engen Grenzen wird dem Erzieher ein Züchtigungsrecht und damit ein Rechtfertigungsgrund für eine an sich gegebene tatbestandsmäßige Körperverletzung zur Seite stehen. Wenn schon der Runderlaß des preuß. Ministers für Volkswohlfahrt v. 1.4.1926²⁾ bei grundsätzlicher Beibehaltung der körperlichen Züchtigung angeordnet hat, daß "unbeschadet der rechtlichen Zulässigkeit die körperliche Züchtigung, sofern auf sie nicht ganz verzichtet werden kann, auf die schwersten Verfehlungen beschränkt bleiben muß und nur dann in Frage kommt, wenn die Anwendung anderer Erziehungsmaßnahmen keinen Erfolg verspricht",

1) Nach neuerer strafrechtlicher Rechtsprechung des BGH (v. 23. Okt. 1957 in BGHSt 11, 241 ff und v. 4. Mai 1962 in Zbl. 62, 215) hat der Volksschullehrer kraft Gewohnheitsrecht ein eigenes Züchtigungsrecht, das auch durch Verwaltungsanordnung (für Hessen siehe die zit. BGH-Entsch. v. 23. Okt. 1957) nicht aufgehoben werden kann. Wenn der BGH aaO. der Schule das aus Gewohnheitsrecht herrührende Züchtigungsrecht - zwar begrenzt - zugesteht, dann kann wohl angenommen werden, daß für die FEH ähnliches zu gelten hat, zumal hier (wie bereits ausgeführt) ein Teil des Elternrechts auf die Ausführungsbehörde übergegangen ist. Vgl. auch die weitere Rechtsprechung zum Züchtigungsrecht schlechthin in BGH-Urteil v. 4. 5. 1962 aaO., S. 215 (re. Sp.) und den Beitrag von Carspecken "Die Strafe im Erziehungsheim und ihre Rechtsgrundlagen" in Zbl. 1958, 38 ff.

2) betreffend die Ausübung der Fürsorgeerziehungstätigkeit in VBl. 26, 1000, abgedr. i. Zbl. 1926, Bd. 18, S. 219 ff.

wenn weiterhin angeordnet wurde, daß für Mädchen die Vollendung des 16. Lebensjahres die Grenze für die Ausübung des Züchtigungsrechts sei, dann wird eine Tendenz erkennbar, die mit Erlaß desselben Ministers v. 12.7.1929¹⁾ die Strafe der körperlichen Züchtigung ganz verwarf. Ausnahmsweise sollte schon damals (im Jahre 1929) die körperliche Züchtigung in der staatlichen Erziehungshilfe nur noch bei "männlichen Zöglingen im Alter von 8 Jahren bis zur Beendigung der Schulpflicht" und nur noch in engen Grenzen zulässig sein. In nationalsozialistischer Zeit wurde mit Runderlaß des Reichs- und Preuß. Ministers des Innern vom 4.7.1935²⁾ die Züchtigung wieder allgemein zugelassen, aber nicht mehr durch eine Abgrenzung des Personenkreises eingeschränkt (z.B. nicht Mädchen), sondern dadurch, daß sie nur "zur sofortigen Wahrung der Autorität des Erziehers oder zur Aufrechterhaltung der Zucht und Ordnung in der Anstalt" erfolgen durfte und nur, wenn sie "im Augenblick das wirksamste Erziehungsmittel" darstellt.³⁾ -

Die genannten Verwaltungsanordnungen, besonders die beiden zuerst genannten, lassen vom pädagogischen Standpunkt aus Zweifel an dem Wert der körperlichen Züchtigung als Erziehungsmittel erkennen. Und so ist es auch verständlich, daß die zuletzt genannte Regelung aus dem Jahre 1935 für das Land Hessen mit Erlaß v. 16.12.1946⁴⁾ wieder aufgehoben wurde. - In Hessen besteht in Anknüpfung an die vorerwähnte preuß. Entwicklung bis heute ein striktes Verbot jeuer körperlichen Züchtigung.⁵⁾ In diesem Punkt steht Hessen nicht allein.⁶⁾

Vom rechtlichen Standpunkt aus hindert ein bestehendes Verbot der körperlichen Züchtigung (wie z.B. in Hessen) die Übertrag-

1) VMBI. 29, 684 (zit. nach K.H. Deutsch "Das Problem der Strafe, insbesondere der körperl. Züchtigung in der Heimerz. ..." in Schriften des LWV-Hessen, Nr. 1 S. 27 = RdJ 1956, S. 229, 230).

2) abgedruckt in Zbl. Bd. 27, S. 132 ff.

3) vgl. hierzu auch Claussen, "Pflichten u. Rechte der FE-Behörde" in: Neue Schriftenr. d. AFET Heft 8 (1954, S. 63).

4) Erl. des Hess. Min. für Arbeit und Wohlfahrt v. 16.12.1946 Ziff. 8, abgedruckt auch bei Deutsch in zit. Beitrag in Schriften des LWV-Hessen Nr. 1 S. 27 = RdJ 1956, S. 229, 230.

5) vgl. auch den Hess. Erl. v. 11.6.1956 (Amtsblatt des Hess. Min. für Erziehung und Volksbildung Jg. 1956, S. 333) der für den Schulbereich eine Züchtigung ablehnt.

6) Claussen, aaO., S. 63 weist noch auf Rheinland-Pfalz hin.

barkeit derartiger Rechte im Zuge der Übertragung von Erziehungsausübungsrechten nicht. Mit dem Recht zur Ausübung von Erziehungsrechten kann auch das Züchtigungsrecht übertragen werden. Die Organe der Ausführungsbehörde der FEH sind dann lediglich disziplinarrechtlich, nicht strafrechtlich, an der Ausübung gehindert.

Für die FEH besteht ein Verbot der körperlichen Züchtigung aber immer dann, wenn die Eltern im Einzelfall ausdrücklich über § 3 JWG eine derartige Bestrafung bei der Durchführung der FEH ablehnen. Weil die Erziehungsbehörde bei der FEH nie mehr Rechte ausüben kann, als ihr von den Eltern übertragen wurden, muß sich die Behörde in diesem Punkt nach dem ausdrücklich erklärten Willen der Eltern richten¹⁾, sofern sich dieser gegen die körperliche Züchtigung wendet.²⁾

2. Die Regelung des Urlaubs, des Besuchs- und Briefverkehrs mit den Eltern, sowie mit außenstehenden Dritten.

a) Unabhängig vom Erziehungsrecht und von dem Recht der elterlichen Gewalt steht den Eltern, bzw. jedem Elternteil das Recht zum persönlichen Verkehr mit dem Kinde zu, das im Zusammenhang von Elternrecht und Freiwilliger Erziehungshilfe besonders bedeutsam ist. - Dem Elternteil, dem die Sorge für die Person nicht zusteht, kommt das Recht zu, mit dem Kind persönlich zu verkehren³⁾.

- 1) bei der FE mit den originären Rechten der Ausführungsbehörde verhält es sich nicht notwendig so.
- 2) Jans-Happe, § 69, 3 D bejaht vom Ergebnis her gesehen auch die Zulässigkeit der körperlichen Züchtigung in der FEH (wenn sie "zwingend geboten" ist), will ein Recht dazu aber durch den Akt der Gewährung schaffen.
- 3) Zur Rechtsnatur des Verkehrsrecht ist zu sagen, daß dieses Recht einem Elternteil nicht schon kraft des natürlichen Verwandtschafts- oder Blutverhältnisses zusteht (so früher Staudinger-Engelmann, 9. Aufl. IV, 2. Teil, § 1636, 4), sonst müßte es z.B. auch für die Großeltern Gültigkeit haben. Vielmehr ist es ein Bestandteil des "natürlichen Elternrechts", wie es sich in Art. 6 Abs. 2 GG darstellt (so u.a. Erman-Rönke, 3. Aufl., § 1634, 1; Palandt-Lauterbach, 18. Aufl., § 1634, 1; Soergel-Siebert-Lange IV, § 1634, Anm. 2; Achilles-Greif, 20. Aufl., § 1634, Ziff. 1. - Über den alten Streit, ob das Verkehrsrecht Ausfluß des natürlichen Verwandtschaftsverhältnisses oder Rest des Personensorgerechts ist, vgl. Soergel-Siebert-Lange aaO. Zum anderen besteht die Rechtsnatur des Verkehrsrechts darin, daß es höchstpersönlich (so schon Staudinger-Engelmann, 9. Aufl., IV, 2. Teil, § 1636, 4), unübertragbar (vgl. Palandt-Lauterbach, 18. Aufl., § 1634, 1; Erman-Rönke, 3. Aufl., § 1634, 1b; Soergel-Siebert-Lange IV, 1634, Anm. 3) und unverzichtbar ist (letzteres, soweit ersichtlich, unbestritten). Es ist ein absolutes, subjektives Recht i.S. der §§ 823,

§ 1634 Abs.1 BGB. Dabei soll dem Elternteil die Möglichkeit gegeben werden, die verwandtschaftlichen Beziehungen zu dem Kinde zu erhalten, es zu sehen und zu sprechen und sich von seiner körperlichen sowie geistig-sittlichen Entwicklung zu überzeugen. Bei der FE, die das Recht der Personensorgeberechtigten insoweit zurückdrängt, als die Erziehungsbehörde an der Stelle der Eltern für Erziehung, Unterhalt, Beaufsichtigung und Aufenthalt sorgt, können die Eltern dann von jeglichem Verkehr mit dem Kinde ausgeschlossen werden, wenn das Vormundschaftsgericht auf Antrag des LJA anordnet, den Aufenthaltsort nicht mitzuteilen, weil durch die Mitteilung der Erziehungszweck ernstlich gefährdet wird, § 71 Abs.4 Satz 3 JWG.

Diese Vorschrift gilt jedoch nicht für die FEH, weil bei der Einleitung dieser Maßnahme die Ausführungsbehörde regelmäßig mit den Personensorgeberechtigten über die Art und den Ort der Unterbringung gesprochen hat. Für die FEH ergibt sich die Mitteilungspflicht schon aus dem Prinzip der Freiwilligkeit, Zusammenarbeit und Förderungsbereitschaft der Personensorgeberechtigten, § 62 JWG¹⁾. Staudinger-Göppinger²⁾ vertritt jedoch die Ansicht, daß auch in der FEH eine Mitteilungspflicht über den Aufenthaltsort des Minderjährigen gegenüber dem nicht zur Personensorge berechtigten Elternteil nach vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung entfallen könne ("z.B.nach Scheidung der Ehe oder nach einer Anordnung gemäß § 1672 BGB"), wenn die Voraussetzungen des § 71 Abs.4 Satz 3 JWG gegeben sind. Das Gesetz schreibt jedoch in § 71 Abs.4 Satz 2 JWG vor, daß auch nicht-sorgeberechtigte Eltern zu unterrichten sind. Hieraus geht m.E. eindeutig hervor, daß ein nichtsorgeberechtigter Elternteil nicht schlechter gestellt werden

1004 BGB (RG v.13.VI.1933 in RGZ 141,320; Soergel-Siebert-Lange aaO.; Erman-Ronke, 3.Aufl. §1634,1b) und gibt dem Verkehrsberechtigten gegen den Sorgeberechtigten einen Duldungsanspruch, sowie den Anspruch, jede hindernde oder störende Handlung zu unterlassen. Eine Verpflichtung zum persönlichen Verkehr besteht nicht.

- 1) a.M. wohl Riedel, 3.Aufl., § 71, Bem.6, der die Mitteilungspflicht sowohl bei FE als auch bei FEH nach § 71 Abs.4 JWG bemißt und daher (ohne Begründung) § 71 Abs.4 Satz 3 JWG auch auf die FEH anwenden will.
- 2) aaO. im Anhang zu § 1666, Rdnr. 524, 527.

darf als der sorgeberechtigte. Da der Sorgeberechtigte in der FEH stets zu unterrichten ist, gilt dies auch für einen nicht zur Personensorge Berechtigten in den Fällen der §§ 1671, 1672 BGB. - Im übrigen regelt die Ausführungsbehörde der FE von sich aus den Verkehr.¹⁾ Sie kann, wenn dies zum Wohle des Kindes erforderlich ist, den Verkehr des Kindes mit den Verwandten und Bekannten, aber auch mit den Eltern stark einschränken und sogar untersagen.

Bei der FEH bestehen, wie dargestellt, für die Durchführung der Maßnahmen keine eigenen Rechte der durchführenden Organe. Hier werden abgeleitete Personensorgerechte in Erfüllung einer öffentlich-rechtlichen Aufgabe wahrgenommen. - Aus dieser Verschiedenheit folgt aber nicht, daß die Eltern den persönlichen Verkehr in eigene Regie nehmen dürften. Sie haben für die FEH wesentliche Bestandteile ihrer tatsächlichen Personensorgerechte zur Ausübung übertragen und damit auch das Recht zur Verkehrsregelung. Solange die Eltern positiv zur FEH stehen, verbleibt den Ausführungsorganen die Befugnis zur Bestimmung des Aufenthalts und die Befugnis zur Beaufsichtigung. Es soll auch hier noch einmal betont werden, daß diese Befugnisse in einem komplexen Vorgang übertragen werden und nicht als im Voraus bestimmte Einzelberechtigungen, die die Ausübung des Verkehrsregelungsrechts ausschließen könnten.

Somit steht der Ausführungsbehörde grundsätzlich auch das Recht zur Regelung des persönlichen Verkehrs und des Urlaubs des Kindes mit den Eltern zu.²⁾ In tatsächlicher Hinsicht ergibt sich somit kein wesentlicher Unterschied zur Situation in der FE. Der rechtliche Unterschied besteht darin, daß die Erziehungsbehörde in dem einen und anderen Fall ihre Rechte aus verschiedenen Quellen

1) Claussen, "Rechte und Pflichten der FE-Behörde" aaO., S. 58, 59; Riedel, 2. Aufl., § 70, Anm. 8; Friedeberg-Polligkeit, 2. Aufl., § 70 Anm. 12; Soergel-Siebert-Lange IV, § 1634 Bem. 7 und die dort zit. KG-Entscheidung. Die Frage, ob in der FE die Ausführungsbehörde allein die Verkehrsregelung trifft, wird von Staudinger-Schwörer, 10./11. Aufl., S. 1634 Rdnr. 42a bestritten; nach ihm soll § 1634 Abs. 2 BGB analog angewendet werden können.

2) Nach dem RdErl. des Arbeits- und Sozialministers NRW v. 10.4.1964 (in Ministerialblatt für NRW Ausgabe A, 17. Jg. Nr. 56, S. 666 ff) müssen die Eltern eine Erklärung abgeben, aus der hervorgeht, daß sie sich über die einschlägigen Befugnisse der Behörde im Klaren sind.

beziehen und daß die Eltern bei der Übertragung ihrer Rechte (zur Ausübung) unter Respektierung der Entscheidungsbefugnis der Behörde modifizierend auf die Durchführung und auch auf die Verkehrsregelung einwirken können. Daß dabei die Ausübungsrechte der Erziehungsbehörde in ihrer Substanz nicht angetastet werden dürfen, versteht sich im Interesse und zum Wohl des Kindes. - Eine solche Einwirkung auf die Verkehrsregelung wird sich nur in dem erörterten Rahmen des § 3 JWG bewegen dürfen. Insofern sind der Dispositionsbefugnis der Eltern hier enge Grenzen gesetzt. - Das Wohl des Kindes muß vorrangig sein; die Wünsche der Eltern hinsichtlich des persönlichen Verkehrs mit dem Kinde müssen sowohl vor Beginn der Durchführung als auch während derselben angemessen sein im Hinblick auf das Erziehungsziel.

Im Vergleich zur Verkehrsregelung bei der FE haben die Eltern hier jedoch eine günstigere Position, weil die Durchführung der FEH von der ständigen Förderungsbereitschaft der Eltern abhängt und dadurch eine den Wünschen der Eltern entsprechende angemessene Verkehrsregelung die Zusammenarbeit fördert, die letztlich dem Wohle des Kindes zukommt. - Die grundsätzliche Entscheidungsbefugnis über die Verkehrsregelung darf aber der Ausführungsbehörde bzw. ihren Organen (wie bei der FE) nicht von vornherein durch die öffentlich-rechtliche Vereinbarung genommen werden. Die Eltern müssen sich darüber im Klaren sein, daß sie mit der Übertragung der Ausübung wesentlicher Personensorgerechte auch das Verkehrsregelungsrecht der Ausübung nach im vollen Umfang übertragen haben. Eine so weitgehende Übertragung ist erforderlich, wenn die Erziehungsarbeit der durchführenden Organe umfassend und erfolgreich sein soll. Das schließt angemessene Zugeständnisse an die Eltern nicht aus. Sie dürfen aber hinsichtlich der Verkehrsregelung nicht so weit gehen, daß den Durchführungsorganen die grundsätzliche Entscheidungsbefugnis aus der Hand genommen wird, denn dadurch würde der Erfolg der Erziehungsarbeit in Frage gestellt. Letztlich hätte das Kind die Folgen zu tragen, wenn seine Erzieher nicht genügend Befugnisse gegenüber den Eltern besitzen, um eine erfolgreiche Erziehungsarbeit leisten zu können.

Im äußersten Fall besteht für die Eltern die rechtliche Möglichkeit, die Gestattung des Verkehrs durch den Widerruf ihres Ein-

verständnisses zur FEH (nach § 75 Abs.3 JWG) zu erzwingen. Göppinger¹⁾ hat den Vorschlag gemacht, daß das Vormundschaftsgericht in Ausnahmefällen zur Regelung des Besuchsrechts in der FEH angerufen werden kann. Unter Ausnahmefälle werden wohl hauptsächlich die verstanden werden können, in denen eine alle Beteiligten zufriedenstellende Abmachung nicht erzielt werden konnte. - Obwohl Göppinger²⁾ die Ansicht vertritt, daß dem Vormundschaftsgericht bei der Ausführung der FEH keine gerichtliche Kontrolle zustehe, kommt er dennoch zu einer Art Regelungsbefugnis des Vormundschaftsgerichtes bei der FEH hinsichtlich des Besuchsrechts und des Briefverkehrs. Eine solche Kompetenz des Vormundschaftsrichters mag im Falle der FEH nützlich und vielleicht auch zeit- und mühesparend sein. Sie ist jedoch rechtlich unzulässig, sofern sie sich nicht auf eine gütliche Vermittlung beschränkt, sondern zu einer Entscheidung führen soll, weil eine gerichtliche Entscheidung gegen die Hauptwesensmerkmale dieser Erziehungsform verstößt, nämlich gegen das Gebot der engen Zusammenarbeit und des guten Einvernehmens mit den Eltern und das Prinzip umfassender Freiwilligkeit würde durch eine gerichtliche Regelungsbefugnis gestört. Aus diesem Grunde wurde in den Vorarbeiten des AFET wiederholt betont³⁾, daß eine richterliche Beteiligung an der FEH vermieden werden müsse. Die wiederholte Diskussion über diese Frage läßt erkennen, für wie wichtig das allgemeine Prinzip weitestgehender Freiwilligkeit erachtet wurde und wie sehr es vermieden werden sollte, eine irgendwie geartete Entscheidung des Richters bei Einleitung und Durchführung der FEH herbeizuführen. Die Verkehrsregelung durch den Vormundschaftsrichter wäre darüber hinaus auch unerwünscht, weil der Richter die erzieherische Situation in einem Heim oft schwer überblicken kann. Ein weiterer Grund, aus dem sich die rechtliche Unzulässigkeit einer vormundschaftsgerichtlichen Verkehrsregelung in der FEH herleiten läßt, ist die Ungleichheit der Interessenlage in § 1634 BGB und in der FEH als Voraussetzung einer analogen Anwendung des § 1634 Abs.2 BGB. Der Normzweck (ratio legis) des § 1634 besteht darin, dem nichtsorgeberechtigten Elternteil die Möglichkeit zum

1) in Staudinger-Komm., BdnIV, Teil 3a, Lfg.3, 10./11.Aufl., Anhang zu § 1666, Bem.506.

2) aaO.

3) vgl. die Ausführungen im 1.Kap. I.

Verkehr mit dem Kind zu geben. Nur in der FE hat die Ausführungsbehörde eigene (und originäre) Personensorgerechte; hier allenfalls kann von nichtpersonensorgerechtigten Eltern gesprochen werden. Aus dieser Sicht wäre vom rechtlichen Standpunkt aus bei der FE am ehesten eine analoge Anwendung des § 1634 Abs. 2 BGB möglich, wie sie von Staudinger-Schwoerer¹⁾ vorgeschlagen wird. Bei der FEH jedoch findet der Normzweck im Gegensatz zur FE keinen Anknüpfungspunkt, weil den Eltern nichts von ihrem Personensorgerecht genommen wurde, nur der Ausübung nach haben sie sich auflösend bedingt beschränkt. Eine Ausschaltung liegt nicht vor wie in der FE. Die Eltern bedürfen also nicht für die FEH der richterlichen Hilfe. Sie bestimmen über das Schicksal der FEH (§ 75 Abs. 3 JWG). Insofern können ratio legis und Interessenlage des § 1634 Abs. 1 und 2 BGB hier nicht zur Anwendung kommen.

Wenn sich eine Einigung über den Verkehr der Eltern mit ihrem Kinde trotz ernsthafter Bemühungen der Behörde nicht erreichen läßt oder nicht mehr erreichen läßt, dann muß im Einklang mit dem zitierten Runderlaß des Arbeits- und Sozialministers NRW v. 10.4. 1964 die Frage geprüft werden, ob die FEH aufzuheben ist, weil "eine dauerhafte, die Erziehung fördernde verständige Zusammenarbeit der Personensorgerechtigten mit dem Heim... oder LJA nicht mehr hinreichend gewährleistet ist."²⁾

b) In engem Zusammenhang mit den obigen Ausführungen steht die Regelung des Briefverkehrs. Aus den von den Eltern abgeleiteten Befugnissen der tatsächlichen Personensorge resultiert das Erziehungsrecht (§ 1631 Abs. 1 BGB). Ein Bestandteil dieses Rechts ist die Bestimmung des Umgangs des Minderjährigen. Die Befugnis, den Umgang des Minderjährigen zu überwachen, erstreckt sich nicht nur auf den persönlichen, sondern auch auf den schriftlichen Verkehr mit Dritten. Die Überwachung des Briefverkehrs ist folglich Ausfluß des Erziehungsrechts (§ 1631 Abs. 1 BGB). Hiervon zu unterscheiden ist der Briefverkehr zwischen den Eltern und dem Kind. Das oben erörterte Recht zum Verkehr mit dem Kinde nach § 1634 BGB (vgl. unter a)) umfaßt auch diesen (zuletzt genannten) Briefverkehr. Im Folgenden wird zum besseren Verständnis und zur Abgrenzung der Rechtsstellung der Eltern auch

1) 10./11. Aufl., § 1634 Rdnr. 42 a.

2) unter V, 5. 2 (1) 4.

der Briefverkehr des Minderjährigen mit unbeteiligten Dritten behandelt.

Weil die durchführenden Organe der Ausübung nach die Befugnis besitzen, den Umgang des Minderjährigen zu überwachen, dürfen sie auch die an die Minderjährigen gerichtete Post von Personen, die an der FEH unbeteiligt sind - also nicht die Eltern - öffnen, wenn die begründete Vermutung besteht, daß ihr Inhalt das Erziehungsrecht ernsthaft gefährdet. Dabei kann es sich nur um Sendungen handeln, deren Inhalt den Minderjährigen ungünstig zu beeinflussen drohen, also zur Erreichung des Erziehungsziels in erheblichem Widerspruch stehen. Der die Unverletzlichkeit des Briefgeheimnisses garantierte Art.10 GG kann einer solchen Briefkontrolle nicht entgegenstehen, denn gegen die Eltern wirkt die institutionelle Garantie aus Art.10 GG zugunsten des Minderjährigen dann nicht, wenn sie sich in Erfüllung der in Art.6 Abs.2 GG anerkannten Rechte und Pflichten betätigen. Hier ergeben sich Gewährleistungsschranken im besonderen Gewaltverhältnis Eltern - Kind. Die Eltern sind also kraft ihrer Personensorge-rechte und -pflichten gegenüber dem Kind zur Briefkontrolle be-rechtigt. Das muß auch gelten, wenn die Eltern diese Rechte zur Ausübung übertragen und die Erziehungsbehörde sich in Erfüllung ihrer hoheitlichen Aufgabe dieser Rechte der Ausübung nach be-dient. So verhält es sich bei der FEH. Einer anderen Beurteilung unterliegt der Briefverkehr der Eltern mit dem Minderjährigen. Hier kann sich die Erziehungsbehörde bzw. deren Organe gegenüber den Eltern nicht auf Rechte berufen, die sie von den Eltern ab-leitet; anders gesagt, die Behörde darf nicht Briefe der Eltern an den Minderjährigen aus erzieherischen Gründen öffnen, ihren Inhalt auf erziehungsschädliche Einflüsse hin prüfen und als Rechtfertigung dafür Befugnisse ins Feld führen, die sie gerade von den Eltern herleitet. Zwar sind die Eltern auch in der FEH in vieler Hinsicht an der Ausübung ihrer elterlichen Gewalt ge-hindert - weil sie sich selbst gebunden und verpflichtet haben, die Maßnahmen der Aufsichtsbehörde zu fördern - aber das Brief-geheimnis zu ihren Gunsten (ihre Briefe betreffend) haben sie damit nicht in das Ermessen der Ausführungsbehörde gestellt und damit geopfert. Hier handelt es sich nicht um Personensorgerech-te, die sie der Ausübung nach übertragen haben. Es geht hier um die Verbürgung ihres allgemeinen Persönlichkeitsrechts, das sich

aus Art.1 und 2 GG ergibt und das eine Ergänzung ihres Grundrechts der Meinungsfreiheit des Art.5 GG darstellt. - Dieses Briefgeheimnis, das die Pflicht, jedes unbefugte Eindringen in das Geheimnis fremder Briefe zu unterlassen beinhaltet, bedeutet nicht nur "Gewährleistung" gegenüber dem Staat, sondern es gewährleistet auch den durch § 229 a StGB ausgesprochenen Schutz gegen Dritte.¹⁾ Art.10 GG muß in der FEH also besonders gegenüber den Eltern beachtet werden, ihr eigenes Recht auf Unverletzbarkeit des Briefgeheimnisses gilt es zu wahren; das entsprechende Recht des Minderjährigen wird durch Gewährleistungsschranken eingeengt, die sich aus dem Eltern - Kind - Verhältnis ergeben. - Bedeutet das nun, daß eine briefliche Einflußnahme der Eltern auf das Kind, die nicht selten dem angestrebten Erziehungserfolg hinderlich sein kann und die Erziehungsarbeit empfindlich stören kann, uneingeschränkt hingenommen werden muß? § 299 StGB, der inhaltlich von Art.10 GG gedeckt wird, verbietet nur das unbefugte "Öffnen" (d.h.Verletzung und Beseitigung des Verschlusses) von verschlossenen Briefen. Als Gefährdungsdelikt ist es hier unerheblich, ob der Öffnende vom Inhalt Kenntnis genommen hat. Das ist bei Art.10 GG relevant; hier wird weitgehend die eigene unbefugte Kenntnisnahme und die Mitteilung von Art und Inhalt des Briefes an unbefugte Dritte angesprochen.²⁾ - Die Verletzung des Briefgeheimnisses des Art.10 GG wird in der FEH also nur bei der Vornahme einer Briefzensur gegenüber den Eltern zu sehen sein. Ein Verstoß gegen die genannten Vorschriften ist jedoch dann nicht gegeben, wenn briefliche Mitteilungen der Eltern aus erzieherischen Gründen - z.B. der Minderjährige befindet sich in einer momentanen schwierigen Erziehungsphase, in der jede Einflußnahme der Eltern zu einer noch tieferen Entwicklungsschädigung führen muß - zurückgehalten werden, um sie dem Kind später auszuhändigen oder eventuell zurückzuschicken. Hierin, also in Überwachung und Anhalten von Briefen der Eltern kann ein Verstoß gegen Art.10 GG nicht gesehen werden. Eine solche Maßnahme kann durch die Erziehungsbefugnisse der ausführenden

1) so v.Mangoldt-Klein, 2.Aufl., Art.10 III, 2; Hamann, 1956, Art.10, 4, Wernicke in Bonner Komm. Art.10, II, 1b.

2) Im wesentlichen wie Mangoldt-Klein, 2.Aufl., Art.10 V, 1.

Organe gedeckt werden. Sie verstieße nicht, weil nicht durch Art.10 GG geschützt, gegen die Rechte der Eltern. Vom Ergebnis her gesehen, wird die Durchführung der FEH hier nicht schlechter gestellt als die der FE. - Zwar entstehen für die FE durch den vormundschaftsgerichtlichen Beschluß eigene Rechte der Ausfühungsbehörde, aber es handelt sich dabei nur um Personensorgerechte. Diese drängen die elterlichen Rechte aus Art.6 Abs.2 i.V. mit § 1631 Abs.1 BGB wohl zurück - und geben grundsätzlich das Recht zur Briefkontrolle (gegenüber außenstehenden Dritten) als Erziehungsmaßnahme, - sie finden aber wie bei der FEH ihre Grenze an dem den Eltern durch Art.10 GG gewährleisteten Schutz.¹⁾ Der vormundschaftsgerichtliche Beschluß auf Grund des § 64 JWG kann nicht die in Art.10 Satz 2 GG geforderte gesetzliche Grundlage für eine Beschränkung sein. Eine Beschränkung ergibt sich aus dem Beschluß nur für die Personensorgerechte der Eltern, also dann, wenn die Rechte in Relation zur Erziehung, Beaufsichtigung und Aufenthaltsbestimmung des Kindes stehen, nicht dagegen, wenn die Rechte der Eltern unabhängig davon (wie Art.10 GG) bestehen. - Es stellt sich die Frage, ob bei Durchführung der FEH ein besonderes Gewaltverhältnis besteht, das einen Rechtfertigungsgrund i.S. des Art.10 Satz 2 GG zur Beschränkung des Briefgeheimnisses hinsichtlich der Eltern darstellen könnte. Das Gefangenschaftsverhältnis im Strafvollzug bietet im Hinblick auf das Briefgeheimnis in dem eben erwähnten Zusammenhang geeignete Abgrenzungskriterien. Im Strafvollzug werden Grundrechte der Gefangenen²⁾ durch verfassungsmittelbare Vorbehaltsschranken eingeschränkt, d.h. sie haben einschränkende Wirkung nur mittelbar aus der Verfassung, nicht durch die Verfassung selbst. Diese mittelbare Wirkung ergibt sich daraus, daß die Verfassung selbst das Gefangenschaftsverhältnis anerkennt, Art.104 GG, 21 Hessische Verfassung. Damit besteht hier ein

-
- 1) a.M.wohl Claussen ("Pflichten und Rechte der FE-Behörde", in: Neue Schriftenr.des AFET Heft 8/1954,S.60), der den Schutz des Art.10 GG nur in Bezug auf den Minderjährigen sieht und hier mit Recht für die FE über Art.10 Satz 2 GG allgemein die Briefkontrolle bejaht. Die Frage, ob die Briefe der Eltern an den Minderjährigen wegen Art.10 GG und § 299 StGB geöffnet und kontrolliert werden dürfen,wird nicht behandelt.
- 2) Hiervon ist der Untersuchungsgefangene zu unterscheiden.Zum Briefverkehr desselben vgl.die §§ 116,148 StPO.

"besonderes Gewaltverhältnis" als rechtliche Institution. Die Institutionalisierung des Gefangenschaftsverhältnisses als besonderen Gewaltverhältnisses bedeutet, daß die betroffenen Grundrechte, wie z.B. das aus Art.10 GG, eingeschränkt werden können¹⁾, soweit dies zur Durchführung eines geregelten Strafvollzugs notwendig ist. Unter dem Blickpunkt des "besonderen Gewaltverhältnisses", in das der Strafgefangene unfreiwillig eintritt, ergeben sich also persönliche Gewährleistungsschranken der Grundrechte im Strafvollzug, die aus dem Sinn und Zweck dieses Gewaltverhältnisses resultieren. Die gesetzliche Grundlage für die Begründung dieses Anstaltsgewaltverhältnisses bildet das materielle Recht, das Strafgesetzbuch in Verbindung mit der Strafprozeßordnung, nicht etwa die Dienst- und Vollzugsordnung (DVollZO)²⁾, letztere ist kein Gesetz im formellen Sinn und kann daher ein Grundrecht nicht einschränken (Art.19 Abs.1 GG). Die Anstaltsgewalt als verfassungsmäßig garantiertes besonderes Gewaltverhältnis gestattet daher die Verletzung des Briefgeheimnisses nach Art.10 GG.³⁾ Die gesetzliche Zulässigkeit eines solchen Grundrechtseingriffs ergibt sich, wie festgestellt wurde, aus der Verfassung mittelbar selbst.

Wie oben ausgeführt wurde⁴⁾, kann die FEH, wenn überhaupt, so nur im weitesten Sinne als "Anstaltsgewalt" über den Minderjährigen und als "besonderes Gewaltverhältnis" bezeichnet werden. Die Eltern befinden sich zweifellos nicht unter einem solchen Gewaltverhältnis. Dieses Rechtsinstitut kann jedenfalls für die Erziehungsbehörde dann nicht als Rechtsgrundlage besonderer Befugnisse gegen die Eltern betrachtet werden, wenn es sich um höchstpersönliche Rechte der Eltern handelt, wie ihr Grundrecht aus Art.10 GG. Das könnte höchstens bei den Rechten möglich sein, die die Eltern im Interesse des Kindes auszuüben verpflich-

1) Im Ergebnis so v. Mangoldt-Klein I, 2. Aufl., S.136, Ziff.4. Allgemein zum Grundrecht im "besonderen Gewaltverhältnis" derselbe aaO., S.134 Ziff.2 ff.

2) Sie wurde von den Landesjustizverwaltungen vereinbart; Nr.153 derselben enthält die Überwachung des Schriftverkehrs, Nr.155 das Anhalten von Schreiben.

3) Kieckbusch, "Die Briefzensur" in Zeitschrift für Strafvollzug (ZfStrVö) 1963, S.361 ff. hält die Briefzensur für notwendig, aber deren rechtliche Zulässigkeit wegen des Mangels einer klaren gesetzlichen Grundlage für zweifelhaft.

4) siehe 2.Kapitel V = S.64 ff.

tet sind, also bei pflichtgebundenen Rechten. Aus dem JWG (§§ 63 ff.) ließe sich eine derartige Annahme auch nicht rechtfertigen, weil es sich nicht um ein Subordinationsverhältnis handelt, in dem dem Elternrecht stärkere Rechte der Behörde gegenüberstehen. Das Beispiel des Strafgefangenenverhältnisses läßt erkennen, wie verschieden es von dem der Eltern in der FEH ist. Somit können sich bei der FEH auch nicht aus dem Gesichtspunkt der "Anstaltsgewalt" persönliche Gewährleistungsschranken des Grundrechts aus Art. 10 GG ergeben. Weder ein Gesetz im Sinne des Art. 19 Abs. 1 GG - wie es z.B. in den §§ 116, 148 StPO für den Untersuchungsgefangenen oder in ähnlicher Weise in § 71 Abs. 1 Satz 2 JWG für die FE vorgesehen ist - noch das besondere Gewaltverhältnis - wie im Falle des Gefangenschaftsverhältnisses - können bei Durchführung der FEH als Rechtsgrundlage für die Beschränkung des Briefgeheimnisses dienen.

Im Hinblick auf die FEH kann als Ergebnis festgestellt werden, daß der Ausführungsbehörde grundsätzlich das Recht der Briefkontrolle als Ausfluß ihrer Erziehungsbefugnisse zukommt. Das Recht zu öffnen und zu zensieren besteht jedoch nicht bei Mitteilungen der Eltern. Hier besteht nur die Möglichkeit, aus besonderen erzieherischen Gründen die Briefe der Eltern zurückzuhalten und gegebenenfalls ungeöffnet zurückzuschicken.

Es empfiehlt sich daher dringend, vor Beginn der Durchführung, aber auch während derselben, durch Vereinbarung der ausführenden Behörde mit den Eltern eine Regelung ihres Briefverkehrs mit dem Kinde vorzunehmen, insbesondere auf die Eltern einzuwirken, daß diese einer Kontrolle (i.S. einer Kenntnisnahme nach Öffnen) ihres Briefverkehrs, z.B. durch den Heimleiter oder durch einen von ihm beauftragten Erzieher, zustimmen.¹⁾

¹⁾ Nach dem zit.RdErl. d.Arb. und Sozialmin. NRW v.10.4.64 (Ministerialblatt Nr. 56 S. 666 ff.) müssen die Eltern vor Durchführung der FEH eine diesbezügliche Erklärung abgeben (vgl. den Erlaß unter III, 6).

3. Bedarf es zur Durchführung einer Operation und zu einer eventuell notwendig werdenden hypnotischen Heilbehandlung des Minderjährigen der Einwilligung der Eltern?

a) Die Sorge für die Gesundheit gehört schlechthin zu den Angelegenheiten der tatsächlichen Personensorge. Daher obliegt sie bei der Durchführung der FEH der Ausübung nach der Erziehungsbehörde, die das Recht zur Subdelegation auf die durchführenden Organe hat. - Der Ausführungsbehörde verbleibt in jedem Fall das Recht und die Pflicht zur Aufsicht darüber, daß die notwendigen Maßnahmen der Gesundheitsfürsorge getroffen werden.

b) Die Frage, ob zur Durchführung einer Operation an den Minderjährigen in FEH die Einwilligung der Eltern erforderlich ist, wenn der Minderjährige in rechtlich wirksamer Weise nicht selbst einwilligen kann, würde dann leicht zu beantworten sein, wenn keine Bedenken bestünden, eine solche Maßnahme allein in den Bereich der rein tatsächlichen Personensorge zu stellen. Bedenken bestehen deshalb, weil hier möglicherweise die Vertretungsbefugnis im Bereich der Personensorge, also die gesetzliche Vertretung des Kindes, mit angesprochen wird. Die Frage des gesetzlichen Vertretungsrechts der Eltern beim Abschluß eines Vertrages mit dem Arzt unterscheidet sich von der Einwilligung zur Operation. Beides muß rechtlich getrennt werden. Der Arztvertrag soll daher später im Rahmen der gesetzlichen Vertretung erörtert werden.

Es ist umstritten, ob die Einwilligung zur Operation am Minderjährigen eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung beinhaltet oder nur in den Bereich der tatsächlichen Personensorge gehört. Darüber hinaus ist streitig, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen der minderjährige Patient über den ärztlichen Eingriff selbst rechtswirksam entscheiden darf.

Wenn die Frage geklärt werden soll, ob der Minderjährige selbst die Einwilligung zum ärztlichen Eingriff erteilen kann, dann stellt sich damit die Frage nach der Anwendbarkeit des § 107 BGB.

Nach § 107 BGB ist die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters notwendig, wenn es sich bei der Operation um ein "Rechtsgeschäft" handelt, durch das der Minderjährige nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt.

Nicht lediglich vorteilhaft wäre ein Rechtsgeschäft, das gleichzeitig zu einer Verpflichtung führt. Dabei kommt es nur auf die

unmittelbaren Rechtsfolgen an. Es handelt sich bei § 107 also nur um "Rechtsfolgen", nicht lediglich um wirtschaftliche Angelegenheiten. Die Belastung des Minderjährigen muß rechtlicher Natur sein. Die Einwilligung zu einem Eingriff in die körperliche Unversehrtheit ist nicht auf die Begründung, Veränderung oder Aufhebung eines Rechtsverhältnisses gerichtet, sondern auf die Herbeiführung eines tatsächlichen Erfolgs, nämlich die Herbeiführung der Heilung.¹⁾ - Somit ist sie keine Verfügung im Sinne des Zivilrechts, keine rechtsgeschäftliche Willenserklärung sondern nur eine Gestattung oder Ermächtigung tatsächlicher Art zur Vornahme einer tatsächlichen Handlung, die freilich mittelbar juristische Folgen haben kann, wie z.B. einen Ersatzanspruch wegen Verstoßes gegen die Regeln der ärztlichen Kunst. Solche möglichen mittelbaren Folgen geben der Einwilligung zur Operation keinen rechtsgeschäftlichen Charakter und machen sie nicht zur Willenserklärung. - Im übrigen stellt die Einwilligung zur Operation eine "Verfügung" über die Person dar, bei der die sachenrechtlichen Grundsätze, die im § 107 BGB enthalten sind, auch nicht entsprechend angewendet werden können. Gegen eine analoge Anwendung spricht weiter, daß - abgesehen vom Erfordernis der Rechtsähnlichkeit der Fälle - die ratio legis des § 107 BGB den vorliegenden Fall nicht umfaßt. Die ratio legis des § 107 BGB kann im Schutz des geistiger Reife und Erfahrung ermangelnden beschränkt geschäftsfähigen Minderjährigen gesehen werden. Dieser Schutz des Minderjährigen ist dann nicht erforderlich, wenn der Minderjährige geistiger Reife und Erfahrung zur Beurteilung einer Operation nicht ermangelt. - Folglich kann dann § 107 BGB auch nicht entsprechend angewendet werden.²⁾

-
- 1) Über den Gegenstand der Einwilligung siehe E. Schmidt, "Der Arzt im Strafrecht" S.97.
 - 2) Für die Anwendung des § 107 BGB in diesem Zusammenhang, vor allem die ältere Rechtsprechung und Lehre: OLG Darmstadt v.16.XI.1906 in OLGE 14, S.14; RGZ 21.VI.1907 in JW 1907, S.505, 506; vom 27.V.1908 in RGZ 68, 431 ff, 433 und vom 30.VI.1911 in JW, 748 "Warn.Rspr.1911, Nr.398; Zitelmann "Ausschluß der Widerrechtlichkeit" in AcP 1906, Bd.99, S.63; für analoge Anwendung Planck-Flad, I. Bd. Allgem. T., 4. Aufl., § 107, I, 4 = S.245, sowie in II. Bd., 2. Hälfte § 823 Anm.3c); Oertmann, Allgem. T., 3. Aufl., § 107, 3d; für direkte Anwendung wohl auch Schlegelberger-Vogels -Becker Bd. I, Allgem. T., § 107 Rdn.12; Enneccerus-Nipperdey,

Der BGH in Zivilsachen ist in seinem Urteil vom 5.12.1958¹⁾ mit guten Gründen von der Rechtsprechung des RG²⁾ abgegangen. In dem Urteil des RGZ v.19.Juni 1933³⁾ wurde die Einwilligung noch als einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung angesehen, die den Vorschriften über Willenserklärungen unterliege. Mit Recht weist der Senat des BGH aaO. darauf hin, daß es sich bei einer solchen "Einwilligung" nicht um eine Einwilligung im Sinne des § 183 BGB handelt. - § 183 BGB betrifft die Einwilligung zu einem Rechtsgeschäft, die Zustimmung zum Eingriff in die körperliche Integrität dagegen stellt eine "Gestattung oder Ermächtigung zur Vornahme tatsächlicher Handlungen"⁴⁾ dar. Damit bezieht sich der BGH aaO. ausdrücklich auf Larenz.⁵⁾

Bedenklich kann jedoch die Meinung des BGH aaO. sein, daß die körperliche Unversehrtheit nicht Gegenstand eines Rechts ihres Trägers sei. Wenn sich der BGH diesbezüglich ausdrücklich auf die Entscheidung des RGSt v.3.Juli 1908⁶⁾ beruft, so ist eine solche Argumentation angesichts des heutigen, grundgesetzlich in dem Art. 1 u.2 GG verankerten, allgemeinen Persönlichkeitsrechts wohl kaum haltbar. M.E. bedurfte es dieser Bestimmung auch gar nicht. Es ist ausreichend, wenn der BGH aaO. darauf hinweist, daß es sich bei der Einwilligung zur Operation nicht um eine Verfügung

15.Aufl., Allgem.T., 2.Halbband § 151, II, 1e = S.933; A.Thoma (Die Einwilligung zur Operation an Minderjährigen" in Zbl.20, S.295 ff), sieht die Fähigkeit zur Einwilligung in eine Operation ohne Begründung als eine Frage der Geschäftsfähigkeit an und kommt so bei der FE zur Einwilligung des gesetzlichen Vertreters, aaO., S.296 (11.Sp.).

Mit Recht hier gegen eine Anwendung des § 107: v.Tuhr, Allgem.T., II., 1.Hälfte, § 59 IV, S.343; Staudinger-Coing, 11.Aufl., § 107, Bem.8 = S.555; Soergel-Seydel (BGB-Komm. I, 9.Aufl.) § 107, Anm.2; Soergel-Siebert-Lange IV, 9.Aufl., § 1626, Anm.13 (siehe aber Soergel, 8.Aufl. § 107, 3c); Oegg in RGR-Komm. 10.Aufl. § 106, Bem.2; Krüger-Nieland in RGR-Komm., 11.Aufl., § 106 Anm.6; mit Bedenken wohl zustimmend Erman-Westermann, 3.Aufl., § 107, 1; BGH v.5.12.1958 in FamRZ 1959, 200 ff = NJW 1959, 811 = BGHZ 29, 33 = MDR 1959, 383; zustimmend Hauß in Lindenm.-Möhring § 107 Nr.3; im Ergebnis auch OLG München, vom 7.XII. 1956 in NJW 1958, 633 ff, 634.

1) aaO. (u.a. in NJW 1959, 811).

2) siehe Fußnote 2, S.159/160.

3) RGZ 141, 265.

4) zit.nach dem BGH aaO.

5) Larenz, Schuldrecht II.Bd., Besond.T., § 66e 1) = S.365.

6) in RGSt 41, 393 ff, 395, 396.

wie über eine Sache, ein dingliches Recht oder ein Rechtsverhältnis handelt.

Der schon oben kurz behandelten Frage nach einer analogen Anwendung des § 107 BGB widmet der BGH größeren Raum und kommt schließlich zu dem Ergebnis, daß sich die Gleichheit der Rechtslage und damit die Rechtsähnlichkeit von § 107 BGB und dem vorliegenden Fall bejahen läßt. Sie ergäbe sich daraus, "daß es sich um eine Willensäußerung des Minderjährigen handelt, die bedeutsame Rechtsfolgen nach sich ziehen kann."¹⁾ Wie oben dargestellt, verlangt § 107 BGB unmittelbare Rechtsfolgen, unmittelbare Rechtswirkungen²⁾, nicht lediglich mittelbare Folgen, an die wohl der BGH gedacht haben mag. Deshalb muß mit Krüger-Nieland³⁾ die Rechtsähnlichkeit der Fälle verneint werden. Diese Frage tritt jedoch in den Hintergrund angesichts des Zweckes des § 107 BGB. Wenn vom BGH⁴⁾ festgestellt wird, daß der Schutz des Minderjährigen (als Normzweck) da entbehrlich ist, wo dieser "nach seiner geistigen und sittlichen Reife die Bedeutung und Tragweite des Eingriffs und seiner Gestaltung zu ermessen vermag", so kann dem nur zugestimmt werden. Damit wird die oben entwickelte Auffassung im Ergebnis bestätigt. Eine analoge Anwendung des § 107 BGB entfällt, weil der Normzweck dieser Vorschrift es nicht gebietet, die Einwilligung zur Operation als geschäftsähnliche Handlung zu betrachten.

Der BGH aaO. befindet sich mit einer solchen Anerkennung der Entscheidungsbefugnis des jungen Menschen (des beschränkt geschäftsfähigen Minderjährigen) im Einklang mit der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des BGH in Strafsachen.⁵⁾ Auch im strafrechtlichen Schrifttum⁶⁾ wird der Wille des Minderjährigen bei einer ihn betreffenden Operation nicht unbeachtet gelassen. -

1) BGH in NJW 1959, 811 (re.Sp.).

2) siehe hierzu Staudinger-Coing I.Bd., 11.Aufl., § 107 Rdn.7.

3) in RGR-Komm. 11.Aufl., I, 1. Teil § 106, Anm.6.

4) BGHZ in NJW 1959, 811 (re.Sp.).

5) RGSt v.3.VII.1908, Bd.41, 392 ff; v.4.I.1926, Bd.60, 34; v.13.2.1936, Bd.70, 107; BGH v.22.I.1953, Bd.4, 88.

6) u.a. Schönke-Schröder 11.Aufl. Vorbem. § 51, Rdnr.35 mit weiteren Schrifttumsnachweisen; siehe auch die Nachweise in der zit.BGH-Entscheidung in NJW 1959, 811 (re.Sp.), sowie besonders Engisch, "Die rechtl.Bedeutung der ärztlichen Operation" 1908, S.14 ff; Maurach, Strafrecht, Allgem.T., 2.Aufl., S.267.

Das hebt besonders Englisch¹⁾ hervor, nach dem die Voraussetzung für die Wirksamkeit der Einwilligung die Willensfähigkeit des Patienten ist, "die nicht zusammenfällt mit der bürgerlich-rechtlichen Geschäftsfähigkeit." Ebenso äußert sich E. Schmidt.²⁾ Der Gesetzgeber hat an verschiedenen Stellen dem Willen des Minderjährigen in höchstpersönlichen Angelegenheiten seiner selbst Rechnung getragen. So steht ihm z.B. mit Vollendung des 14. Lebensjahres gemäß § 5 RelkErzG die Entscheidung über sein religiöses Bekenntnis zu. Mit dem 16. Lebensjahr darf er sein Testament errichten, § 2229 Abs. 1 BGB. Andeutungsweise sollen noch die §§ 182 Abs. 1 StGB und 60 StPO genannt werden, um die Anerkennung eines bestimmten Reifegrades des Minderjährigen durch das Gesetz selbst zu belegen. Es würde daher eine Verkennung der Lebensverhältnisse bedeuten, würde man den Willen des Minderjährigen von einem gewissen Entwicklungs- und Reifegrad an bei einer ihn betreffenden Operation nicht berücksichtigen.³⁾ Eine solche Berücksichtigung wird nicht schematisch, z.B. von einer bestimmten Altersgrenze an erfolgen können. Sie wird vom Einzelfall ausgehen müssen. Dabei wird darauf abzustellen sein, ob der junge Mensch einen Reifegrad erreicht hat, nach dem er den Eingriff in seinen Körper in seiner ganzen Konsequenz übersehen kann, um dadurch die Schwere des Risikos und einer möglichen Komplikation einerseits und die Chancen einer völligen Heilung andererseits abwägen zu können.- In besonderen Fällen wird mancher 18Jährige diese Reife zur Einsicht eher haben können als ein 20Jähriger. Eine diesbezügliche Feststellung ist sicherlich nicht immer leicht und gerade bei Minderjährigen der FEH, die erfahrungsgemäß nicht selten im geistigen und seelischen Reifungsprozeß retardieren, besonders schwierig.⁴⁾ Bei Zweifeln über einen ausreichenden Reifegrad des minderjähri-

1) " Die rechtliche Bedeutung der ärztl. Operation", S.14.

2) " Der Arzt im Strafrecht", S. 108.

3) vgl. hierzu Krüger-Nieland in RGR-Komm., 11. Aufl. § 106, Anm. 6.

4) vgl. hierzu Anneliese Ohland, "Die rechtliche Stellung der FE Behörde..." in Schriftenreihe des AFET Heft 7/1928, S. 34.- Nach Ohland aaO., die sich schon im Jahre 1928 ausführlich mit der Frage der Einwilligung in eine Operation an einem Minderjährigen auseinandergesetzt hat, braucht" eine Einwilligung des Zöglings nicht ohne weiteres wegen seiner Minderjährigkeit ausgeschlossen zu sein."

gen Patienten wird es sich aus juristischen und pädagogischen Gründen empfehlen, dem Minderjährigen die Entscheidung über den Eingriff nicht zuzugestehen.

Jetzt stellt sich die Frage, wer in diesem Fall für die Entscheidung zuständig sein soll, genauer gesagt: ob für den Minderjährigen in FEH, der wegen mangelnder Reife die Einwilligung zur Operation nicht erteilen darf, die Eltern oder die Ausführungsbehörde oder vielleicht beide zusammen das Plazet zu erteilen haben.

Für die Beantwortung dieser Frage sind die obigen Feststellungen von Bedeutung, nach denen auf die Einwilligung zu einer Operation die Vorschriften über Rechtsgeschäfte Minderjähriger keine (auch nicht entsprechende) Anwendung finden. - Daraus folgt, daß die Einwilligung für den in diesem Sinne nicht urteilsfähigen minderjährigen Patienten in den Bereich der tatsächlichen Personensorge und nicht auch der rechtsgeschäftlichen Vertretung gehört.¹⁾

Schon K.Engisch²⁾ sah eine solche Einwilligung für den Minderjährigen als Ausfluß der Sorge für die Person, weil sie außer der Erziehung, Beaufsichtigung und Aufenthaltsbestimmung auch die Sorge für das leibliche Wohl umfasse. Ihm hat sich E.Schmidt³⁾ angeschlossen. Darüber hinaus hat diese Meinung überwiegend Anklang gefunden.⁴⁾

Somit käme die Erziehungsbehörde, der die tatsächliche Personensorge der Ausübung nach zusteht, für die Einwilligung zur Operation in Betracht.

Durch die FEH werden zwar die Personensorgerechte der Eltern als solche nicht berührt; sie bleiben weiterhin Vollrechtsträger, aber sie haben sich vorübergehend hinsichtlich der Ausübung freiwillig beschränkt. - Aus dieser Situation heraus stellt Claussen⁵⁾ für die FE die Frage, "ob das eine Recht dem anderen vorgeht oder ob Fürsorgebehörde und Eltern in die Operation einwilligen müssen". Er kommt zu dem Ergebnis, daß sich zwar die Erziehungsbehörde

1) sie die Vertreter der Gegenmeinung, oben S.159); in dem hier vertretenen Sinne die oben zitierten Stimmen.

2) K.Engisch, "Ärztlicher Eingriff zu Heilzwecken und Einwilligung" in Zeitschr.f.d.g.Strafrechtswissensch.,Bd.58,38,41.

3) "Der Arzt i.Strafrecht", S.108, 109.

4) so auch Lücken in Hdb.d.Heimerz. 11.Lief.1961 S.1184 und Claussen "Pflichten und Rechte der FE-Behörde",S.74, der sich zu der Frage der Einwilligung zur Operation in FE ausführlich aaO. S.71 ff. geäußert hat; siehe die weiteren Zitate in den Erörterungen um § 107 BGB, oben S.159/160.

5) aaO.,S.75.

wegen der engen Beziehung zu Minderjährigen ein besseres Bild über die Zweckmäßigkeit des Eingriffs machen könne als die Eltern, für die Einwilligung seien aber außer der Behörde noch die Eltern zuständig. Ohne die Einwilligung beider könne die Operation nicht vorgenommen werden.

Bei der FEH ist die Situation, wie sie Claussen aaO. darstellt, im Ergebnis nicht anders, nur daß der Rechtsgrund der Befugnisse in beiden Fällen verschieden ist. Dennoch kann ihm aus rechtlicher Sicht nicht gefolgt werden. Weil die Einwilligung zur Operation in den Bereich der tatsächlichen Personensorge gehört und diese von der Erziehungsbehörde ausgeübt wird, steht das Einwilligungsrecht vom juristischen Standpunkt aus allein dieser Behörde oder ihren Organen zu¹⁾, es sei denn, daß sich die Eltern ausdrücklich die Einwilligung bei Eingriffen in die körperliche Integrität ihres Kindes vorbehalten haben.

Eine andere Frage ist jedoch, ob es zweckmäßig ist, wenn die Behörde allein entscheidet. - Angesichts der starken Position der Eltern in der FEH (§ 75 Abs.3 JWG) und der Tatsache, daß die FEH eine einvernehmliche Maßnahme zwischen Eltern und Erziehungsbehörde darstellt, ist die Konsultation der Eltern durch die Behörde in einem solchen Fall geboten. Darüber hinaus kommt dem körperlichen Eingriff für das Kind in der Regel eine so große Bedeutung zu, daß die Mitwirkung und Mitverantwortung der Eltern erforderlich wird. Ein eigenmächtiges Handeln der Erziehungsbehörde kann - ausgenommen den Fall, in dem Gefahr im Verzuge ist - als Verstoß gegen das Wesen der FEH betrachtet werden. Dadurch könnte die Verantwortungsfreudigkeit und Mitarbeit der Eltern Schaden leiden. Die Eltern könnten sogar verärgert sein und aus dieser Verärgerung heraus zur unverzüglichen Aufhebung der FEH schreiten. (§ 75 Abs.3 JWG). Aus Gründen der Zweckmäßigkeit und der Pädagogik erscheint daher eine vorgängige Aufklärung der Eltern über den Gesundheitszustand des Minderjährigen sowie die Einholung des Einverständnisses der Eltern in jedem Falle geboten, in dem noch ausreichend Zeit hierfür bleibt. Insofern wird in der FEH aus praktischen Gründen bei einer Operation nicht ohne

1) So im Erg.auch Anneliese Ohland aaO., S.52; Lücken aaO., S.1184, der der Auffassung Claussens aaO. ausdrücklich nicht beitrifft.

das Plazet der Eltern auszukommen sein. Das gilt für den Heimleiter im Falle der Heimunterbringung ebenso wie für die Pflegeeltern, die für die Durchführung der FEH in der Familie verantwortlich sind, als auch für den Dienstherrn bzw. Lehrherrn bei Unterbringung in einer Dienst- oder Lehrstelle.

c) Die hypnotische Heilbehandlung des Minderjährigen in FEH als modernes Hilfsmittel der Medizin wird auf verschiedenen Gebieten und mit verschiedenen Zielen und Auswirkungen angewendet. Besonders starke Auswirkungen hat die zum Zwecke einer psychotherapeutischen Behandlung oft vorgenommene Explorativhypnose, durch die Zutritt zu tiefen seelisch-geistigen Strukturen erlangt werden soll. Diese Heilbehandlung ist im wachen Zustand des Explorierten nicht durchführbar. Sie stellt in ähnlicher Weise einen tiefgreifenden Eingriff in die körperlich-seelische Integrität des Menschen dar wie die Operation. Freilich ist das Erscheinungsbild des Eingriffs hier und dort verschiedenartig. Aus diesem Grunde ist zur hypnotischen Heilbehandlung in der Regel ebenso die Einwilligung des Patienten notwendig wie zum ärztlichen Heileingriff im Sinne einer Operation.¹⁾ Es ergeben sich also zumindest für die genannte Explorativhypnose, zu der die sogenannte Narkoanalyse²⁾ in enger Beziehung steht, die gleichen Fragen wie bei den operativen Eingriff. Es stellt sich also einmal die Frage nach dem Reifegrad und der Willensfähigkeit des minderjährigen Patienten im Hinblick darauf, ob der Minderjährige selbst einwilligen kann. Zum anderen ist die Frage, wer für den Minderjährigen in FEH die Einwilligung zur hypnotischen Heilbehandlung zu erteilen hat, ebenso zu beantworten wie unter 3b).

4. Berufswahl, Berufsausbildung und entsprechender Vertragsabschl.^{B.}

a) Zur Erziehung im Sinne des § 1631 Abs.1 BGB gehört auch der Bereich der Berufswahl und der Vorbereitung für den Beruf. Damit fallen diese unter das Recht der Personensorge.

1) vgl. Sonderdruck zum Mitgl. Rdbr. des AFET Nr.4 (Mai) 1951, in dem sich bedeutende Fachleute (Ärzte und Juristen) in Stellungnahmen dafür ausgesprochen haben, daß bestimmte Hypnosen ohne Einwilligung des Patienten unzulässig seien.

2) Hier erfolgt Beseitigung der Willensfreiheit durch Medikamente.

Es wird die Auffassung vertreten, daß die Berufswahl zugleich die Person und das Vermögen des Minderjährigen betreffe.¹⁾ In der Regel kommt jedoch dem Ausbildungszweck der vorherrschende Charakter zu. Dieser besteht in der Erziehung des Kindes. Im Rahmen der FEH kann davon ausgegangen werden, daß durch die Ausbildung eine Erstreckung auf das Kindesvermögen nicht im Vordergrund steht. Hier ist die erzieherische Aufgabe die Hauptsache; sie geht mit anderen Bemühungen zur Erreichung des Erziehungsziels Hand in Hand. So ist die Ausbildung für einen Beruf, der der Neigung und der Fähigkeit des Minderjährigen entspricht, ein wichtiges, in manchen Fällen das wichtigste Erziehungsmittel. Die Wahl des Berufs erfolgt daher in der FEH aus pädagogischen Gründen; vermögensrechtliche Interessen werden dadurch - falls sie überhaupt auftreten sollten - zurückgedrängt.

Wie die Ausübung der tatsächlichen Personensorgerechte und damit der Erziehungsrechte kommt der Erziehungsbehörde bei der FEH das Recht zu, die Berufswahl vorzunehmen und die Berufsausbildung zu bestimmen. Diesem Recht sind jedoch gerade im Fall der FEH durch die Mitwirkungsmöglichkeiten der Eltern Grenzen gesetzt.

Im Bereich des § 3 JWG darf sich die Behörde den berechtigten Forderungen der Eltern nicht ohne triftigen Grund widersetzen. Es bietet sich also die Möglichkeit, den Wünschen der Eltern dadurch Geltung zu verschaffen, daß durch Vereinbarungen, die die Ausübungsrechte der Behörde modifizieren oder konkretisieren, über die Berufsausbildung ^{eine} Bestimmung getroffen wird. Dabei empfiehlt es sich, schon vor Beginn der Durchführung der FEH über diese Frage Klarheit zu schaffen, falls Berufswahl und Berufsausbildung bereits aktuell sind. Wenn sich die Eltern vor Beginn der Durchführung der FEH aber noch nicht über die Anlagen und Neigungen, das technische Verständnis oder die Geschicklichkeit ihres Kindes

1) so BayObLG in Recht 1912, Nr.2677:("Die Berufswahl betrifft sowohl die Person als auch das Vermögen.") Das kann aber im Einzelfall nur dann zutreffen, wenn die Ausbildung besondere Aufwendungen aus dem Vermögen des Kindes erfordert. In der Regel steht jedoch der die Person betreffende Ausbildungszweck im Vordergrund, und so wird die Berufswahl im Schrifttum (Palandt-Lauterbach, 19.Aufl., § 1626, 4c; Soergel-Siebert-Lange IV, § 1631 Anm.4) und der Rechtsprechung (schon das RG vom 5.5.1930 in JW 1931, 1348) im Rahmen der Erziehung der Personensorge zugerechnet.

im Klaren sind, so wird nur die Erziehungsbehörde bzw. deren Organe zu einem ausgereiften Entschluß kommen können. Auch in diesem Fall sollte sich die Erziehungsbehörde nach den Wünschen der Eltern richten¹⁾ es sei denn, die Wünsche sind in pädagogischer und wirtschaftlicher Hinsicht so unangemessen, daß sie nicht mehr vertretbar sind. Davon kann erneut die Förderungs- und Mitarbeitsbereitschaft der Eltern abhängen. Daher muß auch bei offensichtlich unangemessenen Wünschen der Eltern hinsichtlich der Berufswahl die Zusammenarbeit mit ihnen angestrebt werden mit dem Ziel, zur Verständigung durch Meinungsaustausch zu gelangen. Die Eltern sollten überzeugt werden, daß die von der Erziehungsbehörde vorgeschlagene Berufswahl die richtige ist, wobei auch die Berufsberatung des Arbeitsamtes als neutraler Mittler zwischen beiden eine ausgleichende Vermittlerrolle spielen kann. - Letztlich entscheidend ist jedoch das Wohl des Kindes. Es soll in einem etwa auftretenden Widerstreit der Meinungen gehört werden. Seine Person steht zwar im Mittelpunkt und nicht die der Eltern, aber auf seinem Rücken dürfen die Diskussionen nicht ausgetragen werden. Unter seinem Wohl kann in diesem Zusammenhang verstanden werden, was ihm in seiner leiblichen, geistigen und seelischen Entwicklung zum erwachsenen und berufstätigen Menschen am dienlichsten ist.

Bei der Beantwortung dieser Frage darf sich die Behörde berechtigten Wünschen der Eltern im Rahmen des § 3 JWG nicht widersetzen. Die Behörde sollte aber entgegenkommender sein, als die Eltern es im Rahmen dieser Vorschrift ohnehin fordern dürfen. Auch dann, wenn die Vorstellungen der Eltern (gerade) noch vertretbar sind, wird sie die Behörde nicht ablehnen dürfen, denn angesichts der nach § 62 JWG wesensmäßig für die FEH vorauszusetzenden Förderungsbereitschaft der Eltern ist diesen im Vergleich zur FE ein stärkeres Mitspracherecht einzuräumen. Das muß besonders bei so grundsätzlichen und richtungsgebenden Entscheidungen wie der Berufswahl und Berufsausbildung gelten, die von großer

1) Insofern kann Claussen, aaO., S.66 für den Bereich der FEH nicht ganz gefolgt werden, der sich für die FE unter Hinweis auf eine KG-Entscheidung dafür ausspricht, daß die Behörde an die Wünsche der Eltern nicht gebunden sei; allerdings dürfe sich die Behörde "berechtigten Forderungen auch nicht ohne Grund verschließen". Dieser Standpunkt ist für die FEH zu eng; vgl. auch Lücken, aaO., S.1181,82; Jans-Rappe, § 69,3 D = S.485 oben.

Wichtigkeit für das Kind und seine künftige Entwicklung und damit mittelbar auch für die Eltern ist.

Als letzte Möglichkeit, sozusagen als Notbremse, bleibt den Eltern die Befugnis, von ihrem Widerrufsrecht Gebrauch zu machen.

b) Für die FE wird durch § 69 Abs.4 JWG die Vertretungsbefugnis der Personensorgeberechtigten, insbesondere der Eltern, insofern eingeschränkt, als die Ausführungsbehörde für die Dauer der FE und deren Zweck als gesetzliche Vertreterin des Minderjährigen zur Eingehung, Änderung oder Aufhebung eines Arbeits- oder Berufsausbildungsvertrages gilt. Diese Fiktion des Abs.4 in § 69 JWG gilt für die FEH nicht. Der Erziehungsbehörde steht grundsätzlich keine gesetzliche Vertretungsmacht zu. Hier besteht der allgemeine Grundsatz, daß abzuschließende Verträge uneingeschränkt in den Zuständigkeitsbereich der vertretungsberechtigten Eltern gehören. Es besteht hier also ein wesentlicher Unterschied zur FE. Aber auch bei der FEH ist die Möglichkeit gegeben, daß die Ausführungsbehörde gewisse Vertretungsbefugnisse, z.B. die in Abs.4 des § 69 JWG genannten, wahrnimmt. Das ist jedoch nur dann möglich, wenn die Eltern dazu die Ermächtigung erteilen.¹⁾

Eine solche Ermächtigung muß im voraus erteilt werden. Die öffentlich-rechtliche Vereinbarung über die Übertragung der Ausübung der Personensorgerechte auf die Erziehungsbehörde ist für eine solche Ermächtigung der geeignete Rahmen.

Hier stellt sich die Frage, ob durch die ausdrückliche Zustimmung zur Durchführung der FEH und durch die Übertragung der Personensorgerechte zur Ausübung auf die Behörde im Zweifel auch die Erteilung der Vollmacht zu solchen Rechtsgeschäften zu erblicken ist, die bei der Durchführung der FEH üblicherweise anfallen. Dazu gehören insbesondere die hier aktuellen Arbeits- und Berufsausbildungsverträge.

Die Erteilung der Vollmacht zum Handeln im fremden Namen erfolgt durch einseitig empfangsbedürftige Willenserklärung und ist grundsätzlich formfrei, § 167 Abs.2 BGB. Letzteres folgt aus der begrifflichen Unabhängigkeit vom Grundgeschäft. Daher wäre die

1) ähnlich neuerdings in Nordrhein-Westfalen durch Rderl.v.10.4.1964 über die FEH, wo die Eltern vor Durchführung der FEH eine Ermächtigungserklärung abgeben müssen (unter III, Abs.1 Ziff.6).

Schriftform, wie sie in § 63 JWG vorgeschrieben ist, bei der Erklärung gegenüber der Erziehungsbehörde (= Innenvollmacht) nicht erforderlich. Mithin müßte eine solche Vollmachtserteilung auch durch schlüssiges Verhalten der Eltern möglich sein, wenn dieses auf den Willen der Bevollmächtigung schließen läßt. Damit wird der Bereich der "Duldungs"- und "Anscheinsvollmacht"¹⁾ berührt. Diese Institutionen sind als zivilrechtliche Schöpfungen typischerweise dem Geschäftsverkehr zugehörig. Im Bereich der nach außen wirkenden elterlichen Gewalt, insbesondere der gesetzlichen Vertretungsbefugnis der Eltern, können diese Regeln nicht zur Anwendung kommen. Eine andere Frage ist, ob im Verhältnis der Ehegatten zueinander (also im Innenverhältnis) der Grundsatz der Duldungsvollmacht zur Anwendung kommen kann. Auf dem Gebiet der tatsächlichen Personensorge wird das zu bejahen sein, es sei denn, daß eine schwerwiegende Entscheidung die Entschließung beider Elternteile erforderlich macht. - Im Verhältnis von Eltern und Erziehungsbehörde muß jedoch der allgemeine Grundsatz Anwendung finden, daß Schweigen nur da als Zustimmung gilt, wo dies ausdrücklich bestimmt wird. Das Vertretungsrecht der Eltern, das im Rahmen der elterlichen Gewalt als besonders bedeutsam betrachtet werden muß, kann durch Vollmachtserteilung nur dann der Ausübung nach auf die Behörde übertragen werden, wenn der Wille der Eltern einen klaren und direkten Ausdruck gefunden hat.²⁾ Diese Auffassung rechtfertigt sich auch aus der großen Bedeutung und Vorrangigkeit des Elternrechts gegenüber der staatlichen Gemeinschaft, wie sie im Grundgesetz (Art.6 Abs.2) ihren Ausdruck und Niederschlag gefunden hat. Aus diesen Gründen kann Lücken³⁾ nicht gefolgt werden, der für die freiwillige öffentliche Erziehung (vor dem neuen JWG) annahm, daß im Zweifel in der "Erklärung des Einverständnisses der vertretungsberechtigten Eltern mit der

- 1) vgl. zur Duldungsvollmacht den BGHZ v.10.3.53 in Lindenmaier-Möhring, § 167, Nr.4; zur Anscheinsvollmacht BGHZ v.27.9.56 in NJW 1956, 1674.
- 2) Ähnlich Marcus, "Die freiw.öfftl.Erz.", S.84, der davon ausgeht, daß i.Gs.zur FE der gesetzl.Vertreter in vielen Fällen von vornherein, insbesondere mit dem Abschluß von Dienst- und Lehrverträgen, "einverstanden" ist. Marcus setzt also auch ein "Einverständnis" voraus. Der schon zit.Runderlaß v.10.4.1964 verlangt für NRW eine ausdrückliche Ermächtigungserklärung (III.Abs.I, Ziff.6).
- 3) aaO., S.1174.

Übernahme in die freiwillige öffentliche Erziehung die Erteilung der Vollmacht zu solchen Rechtsgeschäften zu erblicken" sei, "die die Durchführung der Erziehung mit sich bringt." Die Ablehnung dieses Standpunktes gilt auch hinsichtlich des Abschlusses von Lehr-, Dienst- und Arbeitsverträgen in der FEH. Zu beachten ist schließlich noch, daß die ausdrücklich erteilte Vollmacht jederzeit durch die Eltern widerrufen ist, § 168 Satz 2 BGB.

5. Die Anwendung von Zwangsmitteln in der FEH.

Die Frage nach der Befugnis zur körperlichen Züchtigung in der FEH wurde schon behandelt. Unabhängig hiervon bleibt zu untersuchen, ob und gegebenenfalls mit welchen Grenzen Zwangsanwendung gegen den Minderjährigen erfolgen darf, und darüber hinaus, ob eine solche auch gegenüber den sorgeberechtigten Eltern und anderen Dritten rechtlich zulässig ist.

Es ist leicht begreiflich, daß die Ausführungsbehörde im Falle der FE die Befugnisse zur Anwendung von Zwang haben muß, weil der Förderungswille der Eltern oft - wohl in den meisten Fällen - fehlt und für die Behörde dann die Anwendung von unmittelbarem Zwang die einzige Möglichkeit ist, die vormundschaftsgerichtlich angeordnete Durchführung der FE zu sichern. Dem Wesen der FE ist folglich die Anwendung von Zwangsmitteln gegenüber dem Minderjährigen, besonders den Eltern, aber auch Dritten gegenüber, nicht fremd. Im Rahmen des § 33 Abs. 2 FGG bietet sich hierzu eventuell die Möglichkeit der Zwangsanwendung durch die polizeilichen Vollzugsorgane, um den Minderjährigen entsprechend dem vormundschaftsgerichtlichen Beschluß gegen den Willen der Eltern in die FE zu überführen.¹⁾

1) Diese Rechtsauffassung wird von Claussen, aaO., S. 54, bestritten; die Zulässigkeit von Zwangsmitteln gegenüber dem Minderjährigen in FE resultiere aus dem öffentlich-rechtlichen Verhältnis der FE. - Diese Ansicht vermittelt aber nur eine sehr vage Rechtsgrundlage für die Anwendung von unmittelbarem Zwang. - Näheres hierüber bei Claussen, aaO., S. 54 ff., wo auch die rechtlichen Bedenken gegen die Anwendung des § 33 FGG ausführlich behandelt werden; vgl. die Zusammenstellung der Meinungen mit Belegen aus Schrifttum und Rechtsprechung bei Claussen, aaO., S. 53 ff. und den Preußischen Erlaß v. 15. Juli 1927 sowie die Ausführungsanweisung v. 29. März 1924 (VI, 14). - Die von Claussen erörterte Frage wird nur im Zusammenhang mit der FE behandelt. Sie kann jedoch auch im Bereich der FEH aktuell werden, wenn nach Kompetenz = Kompetenzentscheidung des Vormundschaftsge-

Für die FEH ergibt sich in dieser Hinsicht ein völlig anderes Bild.

Einmal stellt sie keine vormundschaftsgerichtliche Maßnahme dar; zum anderen ist eine zwangsweise Zuführung des Minderjährigen in die FEH gegen den Willen der sorgeberechtigten Eltern nicht denkbar. Für die auf Freiwilligkeit beruhende FEH, der jeglicher Zwang wesensfremd ist²⁾, bedarf das keiner näheren Begründung.

Auch wenn man, wie in den obigen Ausführungen (2.Kapitel, II, S.41) davon ausgeht, daß die FEH auf öffentlich-rechtlicher Grundlage steht, so läßt auch dann ein solches öffentlich-rechtliches Verhältnis keine Zwangsmaßnahme gegen die Eltern zu, um den Minderjährigen der Ersatzerziehung zuzuführen. - Bei der FEH ist von dem Grundsatz auszugehen, daß die Ausführungsbehörde zwar öffentlich-rechtlich oder schlicht hoheitlich tätig wird, aber ausnahmsweise gegenüber den sorgeberechtigten Eltern keine Zwangsbefugnisse besitzt.

Im Einzelnen kann sich folgende Rechtslage ergeben:

a) Der Minderjährige entläuft aus dem Heim oder der Pflegefamilie zu seinen Eltern oder diese führen ihn aus der Erziehungsstelle fort und weigern sich gegenüber der Ausführungsbehörde, ihn wieder für die Durchführung der FEH herauszugeben.

Hier stellt sich die Frage, ob ein solches Verhalten der Eltern als Antrag auf Aufhebung der FEH zu bewerten ist.

§ 75 Abs.3 JWG schreibt für den Antrag auf Aufhebung keine besondere Form vor wie der § 63 JWG für die Gewährung²⁾. Daher braucht der Antrag im Gegensatz zu § 63 JWG nicht schriftlich gestellt zu werden. Ob diese Regelung sinnvoll ist, um unklare mündliche oder gar fernmündliche Anträge im übrigen zu vermeiden, braucht hier nicht näher untersucht zu werden. - Entscheidend ist vielmehr, ob aus dem Verhalten der Eltern der Wille klar zu Tage tritt, die Maßnahme der FEH nicht fortführen zu lassen. Ein solcher Wille wird aus dem oben genannten Verhalten der Eltern in der Regel zu entnehmen sein.

richtsz.B.der sich weigernde Elternteil das Kind nicht herausgibt; vgl.hierzu die Ausführungen im Folgenden unter a), letzter Absatz, S.174.

- 1) Wohl kann ein Minderjähriger mit dem Willen der Eltern auch zwangsweise in ein Heim überführt werden.
- 2) sofern nicht das Landesrecht aufgrund des § 74 Abs. 1 JWG die Schriftform vorschreibt.

§ 75 Abs.3 JWG schreibt aber vor, daß die Antragstelle die Ausführungsbehörde (in der Regel das LJA) ist. Demnach muß der Aufhebungsantrag beim LJA bzw. JA gestellt werden.¹⁾ Diesem Form-erfordernis ist jedoch dann Genüge getan, wenn z.B. das Erziehungsheim, aus dem der Minderjährige entlaufen ist, die Entscheidung der Eltern der Behörde mitteilt. Hierin kann die Weiterleitung eines "Antrags" der Eltern gesehen werden. - Da die Vorschrift des § 75 Abs.3 JWG - wie noch näher darzustellen ist - zwingenden Charakter hat, ist die FEH unverzüglich aufzuheben.

Diesem Ergebnis kann die Vorschrift des § 72 Abs.1 JWG, nach der die Ausführungsbehörde das Recht zur Aufenthaltsbestimmung hat, nicht entgegenstehen. Das Aufenthaltsbestimmungsrecht der Behörde hat nur dann Bedeutung, wenn die Eltern mitwirkungsbereit sind und nicht von ihrem Recht nach § 75 Abs.3 JWG Gebrauch machen.

Es kann also festgestellt werden, daß der Ausführungsbehörde in dem unter a) angenommenen Fall ein irgendwie gearteter Herausgabeanspruch gegen die Eltern nicht zusteht. - Darüber hinaus muß untersucht werden, welche rechtlichen Konsequenzen sich ergeben in dem Falle, daß sich die Eltern zwar grundsätzlich nicht gegen die Weiterführung der FEH wenden, aber aus irgendwelchen Gründen jetzt nicht zur Herausgabe des Kindes bereit sind.

Hier sind offenbar die Eltern zu einer kontinuierlichen Mithilfe und Unterstützung der Erziehungsarbeit nicht bereit. Es kann nicht in das Belieben der Eltern gestellt werden, ob die einmal mit ihrer Unterstützung begonnene pädagogische Arbeit unterbrochen werden darf, um sie zu einem späteren Zeitpunkt wieder fortzuführen. Hier muß die ausführende Behörde (in der Regel das Landesjugendamt) nach Erstellung eines Erziehungsberichts durch die durchführenden Organe prüfen, ob die FEH aufzuheben ist, weil eine dauerhafte, die Erziehung fördernde verständige Zusammenarbeit der Personensorgeberechtigten z.B. mit dem Heim nicht mehr hin-

1) Im allgemeinen wird aber eine Antragstellung beim Heim oder JA nicht unwirksam sein. Heim oder JA sind in einem solchen Fall verpflichtet, den Antrag, wenn mündlich gestellt, zu protokollieren und - wenn möglich - mit kurzer Stellungnahme unverzüglich weiterzuleiten (so i.Erg.Jans-Happe § 75,6B).

reichend gewährleistet ist. Ein Herausgabeanspruch besteht auch hier nicht, weil die behördliche Ausübungsbefugnis zur Bestimmung des Aufenthalts des Minderjährigen (§ 71 Abs.1 Satz 1 JWG) ständig von dem Recht der Eltern nach § 75 Abs.3 JWG in Frage gestellt werden kann. Weil aber die Förderungsbereitschaft der Eltern (im Sinne des § 62 JWG) zu jeder Zeit ein konstitutives Element der FEH darstellt, ist die ausführende Behörde im Rahmen ihrer Aufsichtspflicht bei gegebenem Anlaß zur Prüfung der Frage berechtigt, ob die FEH fortgeführt werden kann oder ob notfalls die Anordnung der FE beantragt werden soll. Ob die FEH fortgeführt werden kann, hängt von der Entscheidung der Eltern ab.¹⁾ Daher wird das Landesjugendamt die Eltern zur Entscheidung auffordern müssen, ob sie oder einer von ihnen den Antrag auf Aufhebung nach § 75 Abs.3 JWG stellen will. Wird ein formeller Antrag innerhalb angemessener Zeit nicht gestellt, so kann dem m.E. nicht entnommen werden, daß die Eltern mit der weiteren Durchführung einverstanden sind, denn wären die Eltern einverstanden, dann würden sie das Kind dem Heim zuführen. In ihrem Verhalten drückt sich in der Regel die Ablehnung gegen die weitere Durchführung der FEH aus. Diese Ablehnung ist im Sinne des § 75 Abs.3 JWG relevant. Eine Rückgabe des Minderjährigen kann von den durchführenden Organen bzw. vom LJA nicht mehr verlangt werden. Die Durchsetzung eines solchen Verlangens wäre rechtswidrig, da eine Zwangsanwendung nach § 33 FGG schon deshalb ausscheidet, weil keine vormundschaftsgerichtliche Verfügung vorliegt und einer Zwangsmaßnahme im Wege der Amtshilfe durch die Polizei Schranken nach § 75 Abs.3 JWG gesetzt sind.

Schließlich kann noch der Fall eintreten, daß einem Elternteil, der nach Kompetenz-Kompetenz-Entscheidung des Vormundschaftsrichters (vgl.unten 3.Kap.A I cß) allein den Antrag auf Gewährung der FEH gestellt hatte, von dem anderen Elternteil die Herausgabe des Kindes zur Durchführung der FEH verweigert wird. Hier ist davon auszugehen, daß dem sich weigendernden Elternteil durch die

1) Zu der Frage, ob die FEH aufrecht erhalten werden kann, wenn die Eltern zur Mitarbeit nicht nur nicht bereit sind, sondern die Erziehungsarbeit der FEH sogar stören, siehe die Ausführungen im 4.Kapitel,III, 2.u.3. (= S.191 ff)

Kompetenz-Kompetenz-Entscheidung des Vormundschaftsgerichts incidenter alle diejenigen elterlichen Entscheidungsbefugnisse genommen wurden, die mit der Beantragung, Ausführung, Durchführung und Beendigung der FEH zusammenhängen. Dazu gehört auch das Aufenthaltsbestimmungsrecht. Die Zurückhaltung des Minderjährigen ist somit rechtswidrig und der sich weigernde Elternteil ist zur Herausgabe des Kindes verpflichtet bzw. hat die Wegnahme des Kindes zum Zwecke der Durchführung der FEH zu dulden. - Es stellt sich hier die weitere Frage, ob über die Durchsetzung dieses Anspruchs erneut das Vormundschaftsgericht nach § 1632 Abs.2 BGB entscheiden muß. Diese Frage ist zu verneinen, weil das Vormundschaftsgericht, wenn auch durch Kompetenz-Kompetenz-Entscheidung, bereits darüber befunden hat, welchem Elternteil die alleinigen Entscheidungsbefugnisse zum Zwecke der Verwirklichung der FEH zukommen sollen. Gegenüber dem sich weigernden Elternteil können auf Grund der Kompetenz-Kompetenz-Entscheidung notfalls Zwangsmaßnahmen ergriffen werden. Allerdings sollten derartige Maßnahmen im Interesse des Kindes möglichst vermieden werden. Eine Unterstützung des berechtigten Elternteils nach § 1631 Abs.2 BGB muß deshalb ausscheiden, weil es sich hier um einen Streit der Eltern untereinander handelt und nicht um die Unterstützung der Eltern durch Erziehungsmittel. Das Vormundschaftsgericht kann aber in einem solchen Fall zur Abwendung einer dem Minderjährigen drohenden Gefahr Maßregeln nach § 1666 Abs.1 Satz 1 BGB treffen. Es kann insbesondere den sich weigernden Elternteil vorladen. Fraglich ist, ob die oben genannten Zwangsmaßnahmen gegen den anderen Elternteil auf § 33 FGG gestützt werden können. Diese Vorschrift dient nach Jansen¹⁾ nicht der Vollstreckung bürgerlich-rechtlicher Ansprüche eines Beteiligten gegen den anderen, sondern der Durchsetzung einer öffentlich-rechtlichen Befugnis des Gerichts, von einem Beteiligten ein Tun oder Unterlassen zu verlangen. Sie setzt also eine gerichtliche Verfügung voraus, nach der dem Pflichtigen eine Verpflichtung auferlegt wird, zu deren Erfüllung er aufgefordert wurde und die vollzugsfähig ist.²⁾ Wenn das Vormundschaftsgericht einem Elternteil die

1) Jansen, FGG = Komm., 1959, § 33,3.

2) so Keidel, FGG = Komm., 7. Aufl., § 33,3 (= S.465).

Kompetenz, d.h. die Entscheidungsbefugnis überträgt, alle diejenigen Maßnahmen zu ergreifen, die mit der Beantragung, Ausführung, Durchführung und Beendigung der FEH zusammenhängen, dann könnte zweifelhaft sein, ob es sich um die Durchsetzung einer öffentlich-rechtlichen Befugnis des Gerichts handelt, falls der Vormundschaftsrichter Ordnungsstrafen nach § 33 FGG verhängt. Andererseits enthält der § 33 FGG nach einer Entscheidung des OLG Stuttgart¹⁾ "keine Bestimmung darüber, welche Rechte oder Ansprüche mit den Zwangsmitteln der Freiwilligen Gerichtsbarkeit vollstreckt werden können, er bestimmt nur die zulässigen Maßregeln und das anzuwendende Verfahren und setzt Rechtsvorschriften für seine Anwendbarkeit voraus."- Jedenfalls stellt die Kompetenz-Kompetenzentscheidung eine gerichtliche Verfügung dar, die incidenter dem sich weigernden Elternteil die Verpflichtung auferlegt, die Maßnahmen des anderen Elternteils nicht zu behindern. Die Kompetenz-Entscheidung würde ihren Zweck verfehlen, wenn sie sich nicht realisieren ließe. Die dem sich weigernden Elternteil durch die Kompetenz-Entscheidung gleichzeitig auferlegte Verpflichtung, die Maßnahme des anderen Elternteils zu tolerieren, stellt eine "Verpflichtung" im Sinne des § 33 Abs. 1 Satz 1 FGG dar und wird daher meines Erachtens vom Wortlaut und Normzweck dieser Vorschrift erfaßt. Daher ist § 33 FGG in Anlehnung an die oben zitierte Entscheidung des OLG Stuttgart, die § 33 FGG extensiv auslegt,²⁾ hier zumindest analog anwendbar. Das Vormundschaftsgericht kann somit nötigenfalls anordnen, daß der sich weigernde Elternteil bei Meidung von Maßnahmen aus § 33 FGG in die Herausgabe des Kindes einwilligt.

b) Anders kann es sich verhalten, wenn der Minderjährige aus der FEH entläuft und sich bei außenstehenden Dritten aufhält oder von diesen ohne den Willen der Eltern aus der FEH fortgeführt wird.

In diesem Falle bleibt das Aufenthaltsbestimmungsrecht nach § 71 Abs. 1 JWG in voller Wirkung. Soweit es nicht gegen den erklärten Willen der sorgeberechtigten Eltern verstößt, schließt dieses

1) Beschluß vom 9.6.1952 in Zbl. 1953, S.35 ff (36).

2) vgl. dagegen den Beschluß des OLG Frankfurt/Main v.19.3.1954 in FamRZ 1954, S.21= ND 1954, 244.

Recht die Befugnis ein, den Aufenthalt des Minderjährigen zwangsweise zu realisieren. Im vorliegenden Fall bedeutet das die Befugnis zur zwangsweisen Rückführung des Minderjährigen in das Heim oder die Familienerziehung. - Im übrigen wird hier die Ausführungsbehörde in Erfüllung einer öffentlich-rechtlichen Aufgabe mit abgeleitetem Recht hoheitlich tätig. Daraus folgt, daß die Polizei als ersuchte Behörde nach dem geltenden Grundsatz der Amtshilfe (Art.35 GG) polizeiliche Machtmittel einzusetzen berechtigt ist, um die Rückführung des Minderjährigen zu betreiben.¹⁾ Darüber hinaus kann die Polizei ihre Befugnisse zum Tätigwerden aus der Pflicht zur Verhinderung strafbarer Handlungen herleiten, weil nach § 86 Abs.1 Ziff.2 JWG die Störung der FEH-Durchführung unter Strafschutz gestellt ist. - Die im Falle der Amtshilfe zu treffenden Anordnungen sind ihrem Wesen nach keine polizeilichen Anordnungen²⁾, sondern solche der ersuchenden Behörde.³⁾

Aus dem Gesagten folgt, daß die Erziehungsbehörde in einer solchen Lage nicht auf die Klage der gesetzlichen Vertreter auf Herausgabe des Minderjährigen gegen Dritte angewiesen ist. Es bedarf auch nicht einer Bevollmächtigung der Behörde zur Prozeßführung. - Eine zwangsweise Rückführung des Jugendlichen durch die Polizei ist möglich und rechtlich zulässig.

c) Stören Dritte die Ausführung der FEH, so ist der Ausführungsbehörde die Möglichkeit gegeben, diese Störung strafrechtlich ver-

- 1) Für die FE ist diese Ansicht umstritten. Im Ergebnis so Potrykus Komm.z.RJWG 1953, § 70 Bem.13 und Riedel, 3.Aufl. Bem.7 zu § 69. Gegen eigene Zwangsgewalt und die Hilfe der Polizei haben sich das OLG Köln (Beschuß v.4.11.52 in ZBl.54, S.91-Vollstreckung des FE-Beschlusses zur Einleitung der FE) und Staudinger-Göppinger (Anh.zu § 1666, RdNr.466) ausgesprochen; letzterer hält hier eine vorgängige Anordnung nach § 33 FGG für erforderlich. Im Falle der FEH wird die Zwangsanwendung ohnehin nicht gegen die Eltern, sondern nur gegen Dritte aktuell; darüber hinaus ist die Ausführungsbehörde im vorl.Zusammenhang bereits wirksam zur Bestimmung des Aufenthalts berechtigt, § 71 Abs.1 Satz 1 JWG, insofern betrifft der Beschluß des OLG Köln aaO.einen anderen Sachverhalt; vgl.hierzu auch Staudinger-Göppinger aaO.
- 2) siehe Drews-Wacke, Allgem.Polizeirecht, 6.Aufl., § 3 III, 3,2; Drews-Lassar-Brecht-Palck, Kommentar zur Allgem.u.polit.Polizei 1932, S.8.
- 3) Die Verantwortung für den Inhalt der Anordnung trägt die ersuchende Behörde.

folgen zu lassen, § 86 Abs.1 Ziff.2 JWG. Dieser strafrechtliche Schutz für die FEH kann sich naturgemäß nur gegen dritte Störer richten. Er wird allerdings auch dann aktuell, wenn die Eltern nicht gleichzeitig Inhaber des Personensorgerechts sind. In einem solchen Fall wird sich die Ausführungsbehörde zu überlegen haben, ob ein besonders schwerwiegender Versuch, die FEH zu stören, gegeben ist. Danach wird sich richten, ob sie nach § 86 Abs.3 JWG einen Strafantrag gegen die nicht personensorgeberechtigten Eltern oder gegen einen nicht personensorgeberechtigten Elternteil stellt.

III. Die gesetzliche Vertretung in persönlichen Angelegenheiten.

1. Wie unter II,4 schon im Vorgriff festgestellt wurde, ist § 69 Abs.4 JWG - der bei der FE die gesetzlich Vertretungsbefugten in ihrer Rechtsausübung für die dort genannten Befugnisse verdrängt, ohne die Ausführungsbehörde zu einem wirklichen gesetzlichen Vertreter zu machen,¹⁾ - für die FEH auch nicht entsprechend anwendbar. Somit sind und bleiben die Eltern für alle Rechtsgeschäfte, die bei der Durchführung der FEH anfallen können, vertretungsberechtigt.

Aber auch hier können im voraus zu bestimmende Vertretungsbefugnisse - wie die unter II,4 genannten - von der Ausführungsbehörde wahrgenommen werden, wenn dies durch vorgängige Vereinbarung ausdrücklich bestimmt wurde.²⁾ Eine diesbezügliche Vereinbarung erweist sich gerade in der FEH als notwendig, um die typischerweise anfallenden Rechtsgeschäfte ordnungsgemäß und wirksam abschließen zu können. Das gilt besonders für den schon oben erwähnten Arztvertrag. Wird die Behörde zur Vornahme von Rechtsgeschäften für den Minderjährigen durch die vertretungsberechtigten Eltern bevollmächtigt, so ist darauf zu achten, daß eine solche Bevollmächtigung hinreichend bestimmt wird, um möglichen Unklarheiten oder Irrtümern von vornherein zu begegnen.

-
- 1) die FE-Behörde wird allerdings vertretungsberechtigt. Aus der gesetzlichen Formulierung "gilt" in § 69 Abs.4 JWG ist zu entnehmen, daß das LJA nicht wirklich "gesetzlicher Vertreter" ist; so auch Jans-Happe aaO., § 69, Anm.11.
- 2) vgl. hierzu den Rderl. d. Arb.-u. Sozialmin. NRW v.10.4.1964 (in Ministerialblatt Nr.56, S.666) unter III, 6 und IV,2.

2. Die Zustimmung zur Volljährigkeitserklärung und Eheschließung
a) Nach § 4 Abs.2 BGB ist zur Volljährigkeitserklärung die Zustimmung der Inhaber der elterlichen Gewalt vorgesehen. - Da die FEH mit der Volljährigkeit endet (§ 75 Abs.1 JWG), stellt sich die Frage, in welcher Weise die Ausführungsbehörde der FEH hierbei zu beteiligen ist.

Da durch die Gewährung der FEH das Recht der Eltern zur gesetzlichen Vertretung uneingeschränkt bestehen bleibt und das Sorgerecht nur insofern berührt wird, als es der Ausübung nach übertragen wird, steht der Minderjährige in FEH weiterhin unter elterlicher Gewalt. Daher verbleibt auch den Eltern das Recht zur Einwilligung im Sinne des § 4 Abs. 2 BGB während der Durchführung der FEH.

Claussen¹⁾ hat für die FE eine Mitwirkung der Behörde am Verfahren vertreten. Sie folge aus § 72 Abs.3 RJWG (der heute in § 75 Abs.5 JWG Eingang gefunden hat), wonach das Vormundschaftsgericht die FE-Behörde gutachtlich hören mußte.

Die von Claussen aaO. und ähnlich von Jans-Happe²⁾ aufgestellten Grundsätze beziehen sich auf die FE und können bei der FEH, die keine vormundschaftsgerichtliche Maßnahme darstellt, keine Anwendung finden. Weil das Vormundschaftsgericht bei der FEH unbeteiligt ist, kann § 75 Abs.5 JWG nicht herangezogen werden. Ein irgendwie geartetes Mitspracherecht der Ausführungsbehörde entfällt somit in diesem Zusammenhang. Wenn auch ein Mitspracherecht oder Anhörungsrecht der FEH-Behörde nicht besteht, so erscheint eine Anhörung doch nach § 12 FGG geboten.³⁾

b) Nach § 3 Abs.2 EheG ist zur Eheschließung eines Minderjährigen neben der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters noch die Einwilligung des Trägers der tatsächlichen Personensorge erforderlich, falls dem gesetzlichen Vertreter des Minderjährigen nicht gleichzeitig die Sorge für die Person zusteht.

Für die FE und dem damit verbundenen eigenen Erziehungsrecht der Ausführungsbehörde ist die Frage geprüft worden, ob § 3 Abs.2 EheG entsprechend angewandt werden muß.⁴⁾ Diese Frage stellt sich, weil

1) "Pflichten und Rechte der FE-Behörde", S.32 ff.

2) Komm., § 69, Bem.12.

3) vgl. Lücken "Elternrecht und Heimerziehung" in Hdb. der Heimerziehung, 11. Lieferung 1961, S.1184,7.

4) siehe hierzu Claussen aaO., S.41 ff.

das Gesetz in § 3 Abs.2 EheG den Träger des tatsächlichen Personensorgerechts stärker als sonst berücksichtigt hat. Diese stärkere Berücksichtigung des tatsächlich Personensorgeberechtigten, die wohl auf sein besseres Beurteilungsvermögen im Vergleich zum gesetzlichen Vertreter zurückzuführen ist, führte zu der Annahme, daß es der ratio legis des § 3 Abs.2 EheG entspreche, wenn der FE-Behörde ein Einwilligungsrecht neben dem gesetzlichen Vertreter zugestanden wird.¹⁾ - Abgesehen von der ablehnenden Haltung Riedels²⁾, nach dem ein derartiges Einwilligungsrecht einem Bereich der elterlichen Gewalt zuzurechnen ist, "der außerhalb des Zwecks der FE liegt", treffen die genannten Argumente für eine analoge Anwendung des § 3 Abs.2 EheG auf die FEH nicht zu. Die Situation ist hier anders. Einmal hat die Ausführungsbehörde bei der FEH wegen des Rechts der Eltern auf jederzeitigen Widerruf eine weit schwächere Stellung im Hinblick auf die tatsächliche Personensorge als die FE-Behörde. Bei der FEH ist die Durchführung der Maßnahme vom Willen und der Förderungsbereitschaft der Eltern in einem Maße abhängig, daß ein Einwilligungsrecht der Behörde neben dem gesetzlichen Vertreter - also in der Regel den Eltern - unter Umständen dann zur Gefährdung des Erziehungsziels führen kann, wenn die Behörde sich gegen die Auffassung der Eltern stellt. Daher wäre es besser, wenn der Ausführungsbehörde nur beratende Funktion zukommt. Darüber hinaus ist die rechtliche Stellung der FEH-Ausführungsbehörde, mit ihrer von den Eltern abgeleiteten Sorgerechten im Hinblick auf § 3 Abs.2 EheG wesentlich verschieden von der der FE-Ausführungsbehörde, die eigene Rechte geltend machen kann. Insofern erfaßt die ratio legis des § 3 Abs.2 EheG nicht die FEH. - Die Träger der elterlichen Gewalt sind daher allein zur Erteilung der Einwilligung berechtigt. Eine Anhörung der Behörde erscheint aber auch hier zweckmäßig.

3. Das Antragsrecht auf Entmündigung

Nach § 69 Abs.5 JWG ist das LJA bei Ausführung der FE befugt, die Entmündigung eines Minderjährigen wegen Geisteskrankheit oder

1) so mit ausführlicher Begründung Claussen aaO., S.42, 43; Jans-Happe, § 69, Bem.12 und die angegebenen Gegenstimmen.

2) Komm., 1. Aufl., § 70 Rn. 1, Bem.8 = S.320 unten.

Geistesschwäche zu beantragen. Die Vorschrift entspricht § 70 Abs. IV RJWG.

Aus dem Umkehrschluß folgt, daß das LJA ein solches Antragsrecht im Rahmen der FEH nicht hat. Es verbleibt den Eltern als gesetzlichem Vertreter.- Eine entsprechende Anwendung dieser Vorschrift würde dem Sinn der FEH als einer einvernehmlichen Maßnahme widersprechen. Würde die Ausführungsbehörde ein Antragsrecht haben und von diesem auch Gebrauch machen, so könnte das für die Eltern ein Grund sein, ihre weitere Mitarbeit zu versagen und einen Antrag auf Aufhebung der FEH zu stellen.¹⁾

4. Die Elternrechte im Hinblick auf den strafrechtlichen Schutz des Minderjährigen in FEH

a) Bei einigen Straftatbeständen des StGB tritt Strafverfolgung nur auf Antrag ein. Diese sogenannten Antragsdelikte, zu denen z.B. Sachbeschädigung (§ 303 Abs. 3 StGB), die leichte vorsätzliche oder fahrlässige Körperverletzung (§ 232 StGB), die Beleidigung (§ 194 StGB, aber auch § 189 Abs. 2 StGB) gehören, können auch in der FEH aktuell werden, wenn auch nur in geringem Umfang. Wenn der Minderjährige das 18. Lebensjahr vollendet hat, ist er selbständig zum Antrag auf Bestrafung berechtigt (§ 65 Abs. 1 Satz 1 StGB). Ist der Verletzte jünger, so ist an seiner Stelle sein gesetzlicher Vertreter zur Antragstellung berechtigt (§ 65 Abs. 2 StGB), ist er älter als 18 Jahre, so hat der gesetzliche Vertreter unabhängig vom Recht des Minderjährigen neben dem Verletzten ein Antragsrecht (§ 65 Abs. 1 Satz 2 StGB).

b) Nach § 374 Abs. 3 StPO hat für den verletzten Minderjährigen der gesetzliche Vertreter die Befugnis zur Erhebung der Privatklage in den in § 374 Abs. 1 Ziff. 1 - 6 StPO genannten Fällen. Diese Straftatbestände können eventuell auch gegen den Minderjährigen in FEH begangen werden. Mit Ausnahme der gefährlichen Körperverletzung nach § 223a StGB und der Bedrohung nach § 241 StGB sind alle Privatklagedelikte auch Antragsdelikte, vgl. § 374 Abs. 1 Nr. 3 und 4 StPO. Auf den Weg der Privatklage kann der Minderjährige in den Fällen des § 374 StPO dann verwiesen werden, wenn die öffentliche Klage nicht erhoben wird (§ 376 StPO, vgl. auch § 153

1) Ohne nähere Begründung i. Erg. so Jans-Happe, § 69 Bem. 13; vgl. auch den Bericht der AFET-Tagung 1929, S. 15 (v. Schenk) und S. 60 ff. (Schnitzer).

StPO). - Nach der sogenannten "Vertretungstheorie" der herrschenden Meinung¹⁾ hat der gesetzliche Vertreter weder im Falle des § 65 Abs.1 StGB noch in dem des Abs.2 dieser Vorschrift ein selbständiges Antragsrecht, er übt vielmehr nur das Recht des Verletzten als abgeleitetes Antragsrecht aus. - Da das Recht zur gesetzlichen Vertretung in der FEH grundsätzlich den familienrechtlich Vertretungsberechtigten verbleibt, also in der Regel den Eltern, hat die Ausführungsbehörde grundsätzlich nicht das Recht, für einen in FEH befindlichen Minderjährigen einen Strafantrag in den genannten Fällen zu stellen oder eine Privatklage zu erheben²⁾, es sei denn, die Eltern haben die Ausführungsbehörde durch Vereinbarung ausdrücklich für diesen Fall hierzu ermächtigt. Fraglich könnte sein, ob eine generelle Bevollmächtigung für alle etwa in Frage kommenden Fälle zulässig ist und ob eine solche Ermächtigung der Ausführungsbehörde mit dem Rechtscharakter dieser bezüglicher Befugnisse der Eltern vereinbar ist. Was auf dem Gebiet der Personensorge und dem der gesetzlichen Vertretung rechtlich in der Form der Übertragung zur Ausübung von Personensorgerechten und in der Bevollmächtigung zu rechtsgeschäftlichem Handeln für den Minderjährigen möglich ist, kann hier entsprechend gelten, jedenfalls dann, wenn die gesetzlichen Vertreter durch schriftliche Vollmacht - notfalls für den Einzelfall - die Ausführungsbehörde zur Stellung eines Strafantrags oder zur Erhebung einer Privatklage ermächtigt haben. Dadurch wird das Elternrecht in seiner Substanz nicht angetastet. Wie in allen anderen Fällen wäre auch eine solche Bevollmächtigung fristlos und ohne jede Bedingung widerruflich. Insofern wäre dem Schutzbedürfnis der Kindesinteressen Rechnung getragen.

-
- 1) Nach dieser hat der gesetzl. Vertreter nur ein formell selbständiges Antragsrecht, materiell übt er das Antragsrecht des Verletzten aus; so: Kohlrausch-Lange, Komm.z.StGB, 46.Aufl., § 65 II; Dalcke-Fuhrmann-Schäfer, 36.Aufl., § 65,1); Schönke-Schröder, 10.Aufl., § 65,III; Schwarz-Dreher, 26.Aufl., § 65,1; Schwarz-Kleinknecht, Komm.z.StPO, 23.Aufl., § 374,2 B und die bei Schönke-Schröder aaO. zitierte Rechtsprechung. - Der sog. Rechts-theorie, nach der der gesetzl. Vertreter die Klage in eigenem Namen erhebt, ist entgegenzuhalten, daß das Gesetz selbst dieser Interpretation durch seinen Wortlaut widerspricht.
 - 2) soweit ersichtlich für die FE unbestritten, vgl. Riedel, 2.Aufl. § 70 Anm.8 = S.320 unten, Friedberg-Polligkeit 2.Aufl., § 70, Anm.12, 1 Abs. Dasselbe muß auch für die FEH gelten.

Die Ausführungsbehörde wäre dann nur "Erfüllungsgehilfe" der Eltern. Zu weiteren prozeßrechtlichen Schritten, wie z.B. dem Einlegen eines Rechtsmittels, ist die Behörde dann nicht befugt, es sei denn sie wäre hierzu von den Eltern erneut bevollmächtigt. Auch eine solche Vollmacht ist in jedem Fall frei widerruflich, wie alle von den Eltern auf Dritte übertragenen Ausübungsbefugnisse; sie darf zu Lasten der Eltern und des Minderjährigen an keine Bedingungen und Kündigungsfristen gebunden werden.

Eine solche Regelung ist unbedenklich; der Schutz des Minderjährigen ist unter den genannten Voraussetzungen ausreichend gesichert.

IV. Das Elternrecht und die Befugnisse der Erziehungsbehörde zur Sorge für das Vermögen des Minderjährigen.

1. Wie aus den Ausführungen unter D II und III hervorgeht, üben die Ausführungsbehörde bzw. deren Organe in der FEH im wesentlichen nur Rechte und Pflichten der tatsächlichen Personensorge aus. Ganz überwiegend - von wenigen und ausdrücklich zu bestimmenden Fällen der gesetzlichen Vertretung abgesehen - benötigt sie nur diese Rechte zur Ausübung, um ihre öffentlich-rechtliche Erziehungsaufgabe erfüllen zu können. Die Sorge für das Vermögen des Minderjährigen ist im allgemeinen ohne Einfluß auf die Erziehung in der FEH; von der Durchführung der FEH wird das Vermögen des Minderjährigen grundsätzlich nicht berührt. Es würde auch dem wohlverstandenen Interesse des Kindes nicht dienlich sein, wenn die Ausführungsbehörde außer der erzieherischen Aufgabe noch wirtschaftliche Obliegenheiten für den Minderjährigen zu erledigen hätte. Die FEH ist eine rein erzieherische Maßnahme; darüber hinausgehende Rechte und Pflichten werden zur Erfüllung des Erziehungsanspruchs des Kindes nicht benötigt; sie können eher hinderlich sein. Daher wird das Recht und die Pflicht zur Vermögenssorge weiterhin von den Eltern ausgeübt, es sei denn, daß diesen nach den §§ 1666 Abs. 2, 1667-69 BGB die Vermögensverwaltung entzogen wurde. Weil bei der Verwaltung und Verwendung des Arbeitsverdienstes des Minderjährigen die Sorge für sein Vermögen gleichzeitig eine Erziehungsaufgabe zu erfüllen vermag (z.B. bei der Verwaltung und Verwendung von Ersparnissen zur Berufsausbildung des Minderjährigen), wurde sowohl im alten RJWG (§ 70 Abs. 3 Satz 2) als auch im neuen JWG in § 69 Abs. 4 Satz 2

für die FE ausdrücklich bestimmt, daß die Ausführungsbehörde bzw. deren Organe zur Verwaltung und Verwendung des Arbeitslohnes berechtigt sind. Das JWG geht in der genannten Vorschrift noch weiter, indem es die Renten des Minderjährigen einbezieht.

Aus den Ausführungen zu § 69 Abs.4 Satz 1 (unter D II 4) geht hervor, daß Abs.4 S.1 dieser Vorschrift auf die Durchführung der FEH nicht anwendbar ist. Das Gleiche gilt für S.2, weil beide Sätze dieses Absatzes in engem Zusammenhang stehen, so daß diese Ausnahmevorschrift nur für die FE, nicht aber für die FEH gilt.

Hier ist davon auszugehen, daß die Ausführungsbehörde auch in dem besonderen Fall, in dem die Vermögenssorge (in einem Teilbereich) für den Minderjährigen zugleich eine Erziehungsaufgabe erfüllt, nicht mehr Rechte ausüben kann, als ihr von den Eltern übertragen wurden. - Es könnte jedoch die Ansicht vertreten werden, daß der Behörde grundsätzlich und generell all die Befugnisse von vornherein zugestanden werden müßten, die von erzieherischer Bedeutung sein können. Da hierzu auch die Verwaltung und Verwendung des Arbeitsverdienstes und der Rente zu rechnen sei, so könnte gefolgert werden, müsse auch diese Befugnis der Behörde ohne weiteres zukommen. Aus diesem Gesichtspunkt heraus hätte es für die FE keiner besonderen Regelung bedurft. Das Gesetz steht einer solchen Annahmepflichtigkeitsentgegen. Es geht nämlich sowohl bei der FE als auch bei der FEH davon aus, daß das elterliche Vermögensrecht unberührt bleibt. Nur bei der FE wird ausdrücklich in Satz 2 des § 69 Abs.4 JWG eine Ausnahme gemacht. Bei der auf Freiwilligkeit und Mitwirkung der Eltern beruhenden FEH soll es vom Willen der Eltern abhängen, ob die Behörde die genannten Rechte ausüben darf oder nicht.¹⁾ Dieses Resultat rechtfertigt sich aus der unterschiedlichen Behandlung der FE und der FEH in diesem Punkt durch den Gesetzgeber. Es besteht rechtlich die Möglichkeit, die Ausführungsbehörde ausdrücklich zu entsprechender Verwaltung und Verwendung der in § 69 Abs.4 S.2 JWG genannten Gegenstände zu ermächtigen. Eine landesrechtliche Regelung über das Nähere der Ausführung der FEH (§ 74 Abs.1 JWG) sollte bestimmen, daß eine diesbezügliche

1) Jans-Happe, § 69, 11 E scheint in diesem Zusammenhang (§ 69 Abs.4 S.2 JWG) auch nur von der FE und nicht von der FEH zu sprechen, ebenso Krug, § 69, Bem.18.

Vereinbarung grundsätzlich in all den FEH-Fällen vor der Durchführung der Maßnahmen getroffen wird, in denen Arbeitsverdienst und Renten aktuell werden können. Der Runderlaß des Arbeits- und Sozialministers von NRW v.10.4.1964 über die Freiwillige Erziehungshilfe¹⁾ sieht vor, daß die Eltern eine diesbezügliche Ermächtigungserklärung vor Durchführung der FEH abgeben. Nimmt die Erziehungsbehörde die Ermächtigung an, dann ist sie nicht nur befugt, sondern mit den damit verbundenen Konsequenzen auch zur Verwaltung verpflichtet²⁾ und zwar im wohlverstandenen Interesse des Minderjährigen³⁾. Sollte eine ausdrückliche Vereinbarung in diesem Punkt fehlen, so muß m.E. auch hier wieder davon ausgegangen werden, daß im Zweifel ein solches Recht der Behörde nicht schon aus dem Einverständnis der Eltern zur FEH schlechthin hergeleitet werden kann. Ein solches Einverständnis bezieht sich nur auf das Gewährungsverfahren, nicht auf das Durchführungsverfahren, wo diese Frage von Bedeutung ist.

Viertes Kapitel: Die Beteiligung der Eltern an der Beendigung der FEH.

I. Die Aufhebung der FEH durch die Ausführungsbehörde nach § 75 Abs. 2 Satz 1 JWG und die Anfechtbarkeit einer solchen Maßnahme durch die Eltern.

Ist ihr Zweck erreicht oder anderweitig sichergestellt, so ist die FEH durch das Landesjugendamt (bzw. Jugendamt) aufzuheben. Wann der Zweck der FEH erreicht oder anderweitig sichergestellt ist, ist im Einzelfall eine nicht immer leicht zu beantwortende Frage.⁴⁾ Die Ausführungsbehörde muß hierüber Ermittlungen anstellen. Gegenstand der Prüfung, ob der Zweck erreicht ist, ist einmal die erzieherische Lage des Minderjährigen selbst und zum anderen die nunmehrige Situation seiner Familie, in die er zurückgeführt werden soll. Weil alle öffentliche Jugendhilfe

1) in Ministerialblatt f.d. Land NRW, Ausgabe A 17.Jg., Nr. 56, S. 666 unter III.

2) vgl. Jans-Happe, aaO., u. Krug, aaO., nach denen aus § 69 Abs. 4 Satz 2 JWG nur ein Recht (Befugnis) aber keine Verpflichtung erwachse.

3) so Staudinger-Göppinger Anhang zu § 1666, Rdnr. 491.

4) vgl. zur "Zweckerreichung" der FE das OLG Hamburg v.19.12.1957 in Zbl. 58, 123.

die in der Familie des Kindes begonnene Erziehung unterstützen und ergänzen soll, § 3 Abs. 1 S.1 JWG, kann der Zweck der FEH in der Regel als erreicht angesehen werden, wenn die Familie ihre Funktion fortan allein erfüllen kann, ohne daß die weitere erzieherische Entwicklung in der eigenen Familie gefährdet erscheint. Über die Frage, wann Zweckerreichung gegeben ist, besteht keine Einmütigkeit. Riedel¹⁾ sieht den Zweck der Maßnahme erst dann als erreicht an, "wenn der Minderjährige in seiner sittlichen und geistigen Kraft so gefestigt ist, daß er einer derartigen Gefahr aus eigener Kraft entgegenzutreten vermag." Hier wird eine sittliche Festigung des Kindes verlangt, durch die es selbst in die Lage versetzt werden soll, das Erziehungsziel zu erreichen. Diese Forderung hält Jans-Happe²⁾ für zu weitgehend. Er stellt mit Recht nicht zuletzt auf die Besserung der Familienverhältnisse ab. Je weitgehender sie fortgeschritten sei "um so eher wird man sich im Einzelfall bei der Prüfung der Zweckerreichung zufriedengeben können."

Die Meinungen darüber, was unter "anderweitig sichergestellt" zu verstehen ist, gehen entsprechend den Unterschieden in der Auslegung des Begriffs der Zweckerreichung auseinander. Wenn eine anderweitige Sicherstellung des Erziehungsziels erst dann gegeben sein sollte, wenn der Minderjährige in seiner sittlichen Entwicklung bereits in einem solchen Grade gefestigt ist, daß er einer Gefahr aus eigener Kraft erfolgreich Widerstand entgegenzusetzen vermag,³⁾ dann kann bei Erreichung einer solchen Festigung schon von der Erreichung des Erziehungsziels gesprochen werden. - Zur begrifflichen Abgrenzung der beiden Alternativen des § 75 Abs.2 Satz 1 JWG muß davon ausgegangen werden, daß bei "Zweckerreichung" die FEH nicht mehr gebraucht wird, weil der Minderjährige in einer sittlichen und geistigen Haltung so gefestigt ist, daß er möglichen Gefährdungen seiner Entwicklung entgegenzutreten vermag. Unter anderweitiger Sicherstellung des Erziehungsziels sind demgegenüber die Fälle einzureihen, in denen der

1) 3.Aufl., § 75 Bem.4.

2) Komm. JWG § 75, 4 = S.538.

3) in diesem Sinne Gräber, JWG Komm., § 75, Anm.9.

Minderjährige nach wie vor der Hilfe bedarf, der Erziehungszweck also nicht erreicht ist, diese Hilfe aber auf andere Weise also durch FEH gewährt werden kann. Trotz dieser vom Gesetz geforderten Unterscheidung werden sich Zweckerreichung und anderweitige Sicherstellung nicht immer klar abgrenzen lassen, obwohl das Gesetz hier wesentliche graduelle Unterschiede macht. - Eine anderweitige Sicherstellung des Erziehungszwecks kann z.B. im privaten Bereich durch eine Heirat gegeben sein, wenn ein ausgeglichener und einsichtiger Mann dem bisher labilen Mädchen den erforderlichen Halt zu geben vermag. Als weiteres Beispiel kann genannt werden die anderweitige erfolgreiche Erziehung durch Adoption oder die Aufnahme des Minderjährigen in die Familie besonders erziehungsfähiger Verwandter. Schließlich kann noch angeführt werden, daß der verwitwete Vater, der sich seither um sein gefährdetes oder geschädigtes Kind aus Gründen beruflicher Inanspruchnahme nicht kümmern konnte, erneut geheiratet hat und die zweite Ehefrau den erzieherischen Anforderungen gewachsen ist. Auch in diesen Fällen kann eine Gefährdung oder Schädigung des Kindes verhütet oder beseitigt werden, so daß die Erreichung des Erziehungszwecks anderweitig sichergestellt ist. Darüber hinaus kann eine anderweitige Sicherstellung auch dann angenommen werden, wenn eine Minderjährige nach Vollendung des 18. Lebensjahres selbständig erwerbsfähig wird, nunmehr ihre Wohnung selbständig am Arbeitsort begründet und bisher nur durch ihren Vater gefährdet war.¹⁾ Eine mögliche Erziehungsbeistandschaft (§§ 55 ff JWG) wird im Bereich der öffentlichen Erziehungshilfe ebenfalls die Zweckerreichung gewährleisten können, oft jedoch nur dann, wenn auf dem Wege zur Erreichung des Erziehungszwecks schon ein beträchtliches Stück zurückgelegt wurde. Hieraus wird die schon oben erwähnte Abgrenzungsschwierigkeit der beiden Alternativen des § 75 Abs.2 Satz 1 JWG ersichtlich.²⁾

In der Praxis wird es nur verhältnismäßig selten vorkommen, daß ein Elternteil oder die Eltern mit der Aufhebung der FEH durch

1) nach Gräber, aaO.

2) Ausführliche Erörterungen zur "anderweitigen Sicherstellung" mit Belegen aus der Rechtsprechung bei Jans-Happe (Komm.z. JWG § 75, 4 B), wo auch die Maßnahmen nach dem JGG in diesem Zusammenhang erörtert werden (vgl. auch Krug, § 75, Anm.4 und Riedel, 3.Aufl., § 75, 4).

und auf Initiative der Behörde (nach § 75 Abs.2 Satz 1 JWG) nicht einverstanden sind. - Sollte diese jedoch der Fall sein, so können sie eine solche Aufhebung der FEH, die wie die Gewährung einen Verwaltungsakt darstellt, nach den Bestimmungen der VwGO anfechten, wie dies schon oben (3.Kap.,A II,S.94) dargestellt wurde. - Hierbei ist davon auszugehen, daß die termini "Zweckerreichung" und "anderweitige Sicherstellung" als Subsumtionsnormen unbestimmte Rechtsbegriffe darstellen und als solche verwaltungsgerichtlich nachprüfbar sind.

II. Ist eine vorgängige Bestimmung der Unterbringungsdauer i.S. einer zeitlichen Begrenzung auf eine Höchstdauer oder eine zeitliche Mindestdauer im Hinblick auf § 75 Abs.2 JWG zulässig?

Vom pädagogischen Standpunkt aus läßt sich der Zeitpunkt eines Erziehungserfolges nicht mit der nötigen Sicherheit im voraus bestimmen. Das liegt in den meisten Fällen naturgemäß daran, daß die Möglichkeiten der Entwicklung des Minderjährigen in erzieherischer Hinsicht einerseits und der erzieherischen Beeinflussung andererseits im Einzelfall nicht genügend vorausschaubar sind. - So würde es bei einer Festlegung einer zeitlichen Höchstdauer im voraus immer wieder dazu kommen können, daß das Erziehungsziel nicht in der auf Drängen der Eltern bestimmten Zeit erreicht werden kann und der Minderjährige in die alte gefährdende oder schädigende Umgebung zurückkommt, ohne hierfür die nötige Festigung aufzuweisen.

Ähnlich verhält es sich vom pädagogischen Standpunkt aus mit der Festlegung einer zeitlichen Mindestdauer, an der die Ausführungsbehörde naturgemäß interessiert ist. - Bekommt der Minderjährige von einer solchen Vereinbarung Kenntnis, so wird er auf die Eltern einwirken, daß diese auf jeden Fall zu diesem Zeitpunkt den Widerruf geltend machen. Eine Vereinbarung über die Mindestdauer kann in ihm auch den Glauben aufkommen lassen, daß er dann unbedingt entlassen werden müsse. Das würde eine Erschwerung der Erziehungsarbeit bedeuten, die sich in den Fällen, in denen der Minderjährige zu dem von ihm gewünschten Zeitpunkt nicht entlassen wird, noch weiter erhöhen kann, weil er nun enttäuscht ist und sich passiv verhält.

Eine solche vorgängige "Vereinbarung" der Unterbringungsdauer wäre folglich schon vom erzieherischen Standpunkt aus abzulehnen.

Juristisch betrachtet stellt sie eine Beschränkung des Widerrufsrechts der Eltern dar.

Durch § 75 Abs.3 JWG ist für die Personensorgeberechtigten und damit für die Eltern das jederzeitige Widerrufsrecht anerkannt. Die Vorschrift geht i.Gs. zur FE vom uneingeschränkt verbleibenden Personensorgerecht der Eltern aus. Nach der Begründung des Gesetzes¹⁾ ist die Regelung in Abs.3 "eine Konsequenz aus § 63, aus dem sich ergibt, daß FEH nicht gegen den Willen der Personensorgeberechtigten gewährt werden kann." Wenn die Eltern ihren Willen in dieser Hinsicht durch öffentlich-rechtliche Vereinbarung beschränken, so kommt einer solchen Beschränkung ihrer Rechte keine rechtlich verbindliche Wirkung zu. Diese Rechtsauffassung, wonach eine Bestimmung ungültig ist, die die Befugnis der natürlichen Erziehungsberechtigten zur jederzeitigen Rücknahme des Kindes ausschließt oder beschränkt, wird im Zivilrecht schon aus den Motiven zum BGB ersichtlich.²⁾ Dieses Prinzip gilt gleichermaßen im Verhältnis von Eltern und Erziehungsbehörde.³⁾ Bestätigt wird es durch § 75 Abs.3 JWG, der im Falle der FEH eine Beschränkung der Eltern hinsichtlich ihres Widerrufsrechts verbietet.

Aber nicht nur eine Beschränkung des Widerrufsrechts ist unzulässig, sondern auch eine Sperrfrist für die Herausgabe des Kindes. Unter Sperrfrist soll im folgenden eine Frist zur Zurückhaltung des Minderjährigen verstanden werden, bis zu der ein Antrag bzw. Widerruf nach § 75 Abs.3 JWG wirksam wird.

Wie schon ausgeführt, ist ein solches Recht zur befristeten Zurückhaltung des Minderjährigen in der Vergangenheit aus pädä-

1) siehe BT-Drs. 2226 zu § 75 auf S.31.

2) Mot.z.Entw.eines BGB, Band IV, § 1504, vorletzter Absatz = S.752. Hier wird auf die dem elterlichen Erziehungsrecht entsprechende Pflichtseite hingewiesen, die es nicht erlaubt, daß auf das Erziehungsrecht verzichtet wird, daß es übertragen oder beschränkt wird. Die Übertragung der Ausübung wird jedoch für zulässig gehalten.

3) Schon die genannten Motive haben diesen Fall angesprochen, indem sie die Gültigkeit dieses Prinzips namentl.auch für solche Fälle bejahten, "in welchen das Kind auf Antrag des Erziehungsberechtigten in eine Erziehungsanstalt ... aufgenommen ist, selbst wenn durch Reglement solcher Anstalten oder durch besondere Bestimmung die Befugnis des Erziehungsberechtigten, das Kind jederzeit zurückzunehmen, ausgeschlossen sein sollte" (Motive aaO.,Fußn.2).

gogischen Erwägungen häufig gefordert worden.¹⁾ Die unmißverständliche Fassung des JWG in § 75 Abs.3, wonach die FEH "unverzüglich"²⁾ aufzuheben ist, läßt keinen Zweifel darüber aufkommen, daß eine befristete Zurückhaltung gesetzlich unzulässig ist. - Landesgesetzliche Ausführungsbestimmungen haben im Rahmen des § 74 Abs.1 JWG angesichts des zwingenden Charakters des § 75 Abs.3 JWG keine Möglichkeit zur dispositiven bzw.ändernden Ausgestaltung.

Auch der Hinweis darauf, daß eine kurze Zurückhaltung des Minderjährigen (für etwa 8-14 Tage) durch die Satzung der Anstalt gerechtfertigt würde, weil sich der Minderjährige bei Durchführung der FEH im Heim in dem besonderen Gewaltverhältnis der "Anstaltsgewalt" befinde, vermag nicht durchzugreifen. - Es ist ausgeführt worden, daß der Minderjährige in FEH, wenn überhaupt, so nur im weitesten Sinne des Begriffs der Anstaltsgewalt unterliegt. Es kann also durch ein Heimstatut das Herausgabeverlangen der Eltern ebenso wenig beschränkt werden wie etwa durch öffentlich-rechtliche "Vereinbarung". In den Motiven zum BGB³⁾ wird im Zusammenhang mit dem jederzeitigen Recht der natürlichen Erziehungsberechtigten auf Zurücknahme ihres Kindes den "Reglements solcher Anstalten" keine verbindliche Bedeutung zugewiesen. - Das wird erneut durch § 75 Abs.3 JWG bestätigt.

Somit ist die Festsetzung einer zeitlichen Mindestdauer der FEH und jede Sperrfrist mit dem geltenden Rechtszustand unvereinbar.

Es kann andererseits nicht geleugnet werden, daß in einigen Fällen des verfrühten und unverantwortlichen Widerrufs der Eltern eine kurze Zeitspanne erforderlich ist, damit vormundschaftsgerichtliche Maßnahmen angeordnet werden können. Dadurch könnte verhindert werden, daß der Minderjährige wieder in seine alte und schädliche Umgebung entlassen wird, bevor vorläufige FE angeordnet ist. - Von diesem praktischen Bedürfnis ausgehend könnte es als Argument für eine freiwillige Bindung der Eltern angesehen werden,

1) Es war auch u.a.in der schon zitierten Badischen Vollzugsordnung in § 98 (zit.bei Potrykus Komm.z.RJWG 1953,S.580) eine Frist von 6 Monaten bzw.1 Jahr festgelegt;ähnlich in § 10 des Ham.AG RJWG v.17.3.49.

2) Krug, § 75,7 definiert "unverzüglich" nach der BGB-Vorschrift des § 121 Abs.1 mit "ohne schuldhaftes Zögern"; diese Definition ist m.E. zulässig.

3) aaO. (Bd. IV. § 1504 vorl.Abs. = S.752.)

daß die Eltern angesichts der zu erwartenden erneuten Gefährdung oder Schädigung des Kindes gerade in Wahrnehmung ihres Sorgerechts handeln, wenn sie sich mit einer kurzen Sperrfrist einverstanden erklären. Durch eine solche Betrachtungsweise würde mehr auf die Pflichtseite des Elternrechts abgestellt. Damit könnte auch der Auffassung entgegengetreten werden, die die Beschränkung des Elternrechts deshalb verneint, weil das Personensorgerecht zugleich auch eine persönliche Verpflichtung beinhaltet. Es ist ohne weiteres einzusehen, daß die Eltern nicht auf Pflichten, die sie den Kindern gegenüber zu erfüllen haben, zeitweilig oder ganz verzichten dürfen. Umgekehrt wäre ein zeitweiliger Verzicht auf Rechtsbefugnisse weniger bedenklich. - Wenn also von diesem Standpunkt aus gesehen die Eltern ihre Pflicht gegenüber dem Kind dadurch erfüllen, daß sie das Kind vor weiterem Schaden durch das Eingehen auf eine kurze Sperrfrist bewahren, dann müßte eine solche Vereinbarung zulässig und wirksam sein können.

Als durchgreifendes Gegenargument muß jedoch angeführt werden, daß eine solche vom Zweck her bestimmte Betrachtungsweise des elterlichen Sorgerechts für die Beurteilung des anstehenden Problems nicht ausreichend ist. Wenn das Elternrecht auch immer gleichzeitig Elternpflicht bedeutet, so bestehen Inhalt und Wesen des Elternrechts in einer unlöslichen Verbindung von Rechten und Pflichten. Die Rechte können nicht von den Pflichten getrennt werden. Wohl aus diesem Gesichtspunkt heraus resultiert die aus § 75 Abs.3 JWG ersichtliche Auffassung des Gesetzgebers, der dem Recht der Eltern, über die FEH und damit über das Wohl des Kindes zu entscheiden, ohne Einschränkung den Vorrang gibt. Somit muß festgestellt werden, daß eine freiwillige Bindung zwar zweckmäßig wäre, aber rechtlich nicht wirksam ist.

Um angesichts dieser Rechtslage Störungen in der Erziehungsarbeit zu vermeiden, empfiehlt es sich dringend, im Gewährungsverfahren sehr sorgfältig die Zuverlässigkeit und den Grad der Förderungsbereitschaft der Eltern zu prüfen. Darüber hinaus sollte die Erziehungsbehörde bei Durchführung der FEH in ständigem Kontakt mit den Eltern bleiben, um eine sich anbahnende Sinneswandlung so rechtzeitig zu erkennen, daß nötigenfalls geeignete vormundschaftsgerichtliche Maßnahmen zeitig genug getroffen werden können.

III. Die Verpflichtung zur Aufhebung der FEH, auch wenn nur ein Elternteil der Fortführung widerspricht und einen Aufhebungsantrag nach § 75 Abs. 3 JWG stellt.

1. Die Gebundenheit der Gewährung und Durchführung der FEH an das Einverständnis beider Eltern hat den Gesetzgeber veranlaßt, bereits dann die Verpflichtung zur Aufhebung auszusprechen, wenn nur ein personensorgeberechtigter Elternteil sein Einverständnis aus irgendwelchen Gründen widerruft. Damit wird eine Weiterführung der FEH - i.Gs. zur Einleitung der FEH - allein in das Ermessen eines Elternteils gestellt.- Obwohl der gegen einen Dritten gerichtete Anspruch auf Herausgabe des Kindes nach § 1632 Abs. 1 BGB nur von beiden Eltern gemeinsam geltend gemacht werden kann,¹⁾ wird in § 75 Abs. 3 JWG einem Elternteil allein ein vergleichbares Recht gegeben. Die Verschiedenheit der Situation kann nur damit erklärt werden, daß im letzteren Fall die für die Durchführung der FEH wesensmäßig erforderliche Mitwirkung und Förderungsbereitschaft beider Elternteile dann nicht mehr gewährleistet ist, wenn ein Elternteil seine Einwilligung widerruft. Dann liegt nicht mehr das Einverständnis beider Elternteile zur Fortführung der FEH vor. Wenn der Gesetzgeber hierzu zwingend die Aufhebung der FEH knüpft²⁾, so ist das eine Folge des Gleichberechtigungsgrundsatzes.

2. Angesichts dieser Rechtslage stellt sich die Frage, ob der Widerruf des Einverständnisses auch dann beachtlich ist, wenn er sich als schuldhaft vernachlässigung oder als Mißbrauch des Sorgerechts darstellt.

Der Mißbrauch des Sorgerechts ist schon beim Herausgabeanspruch des § 1632 Abs. 1 BGB als Einwand unbeachtet zu lassen³⁾. Die Entscheidung hierüber obliegt allein dem Vormundschaftsgericht nach

1) bestritten; der Wortlaut des Gesetzes in § 1632 Abs. 1, der von "den Eltern" spricht, läßt darauf schließen, daß beide Elternteile nur gemeinsam vorgehen können; so i. Erg. Beitzke, FamR. 12. Aufl., § 27 IV, 1; ders., "Die elterl. Gewalt nach dem Urteil des BVerfG" in JR 1959, 401, 404, re. Sp.; LG Köln, Beschl. v. 4.10.54 in FamRZ 1955, 215; Soergel-Siebert-Lange IV, § 1632, Rdnr. 4; a.M. (jeder Elternteil ist allein befugt) Finke, "Das Rechtsverhältnis zwischen Eltern und Kindern unter dem Grunds. der Gleichberechtigung von Mann und Frau" in NJW 1953, 606 ff., 609 li. Sp.

2) Das bestimmt auch der RdErl. des Arb.- und Sozialministers von NRW v. 10.4.64 aaO., unter V, 5, 5 (1) u. (2).

3) h.M.; so das RG v. 29.9.1919 und v. 11.12.1919 in WarnR 1920, Nr. 17 und Nr. 47 und der BGH v. 29.1.1951 in Lindenmaier-Möhring § 1707 Nr. 1, Leitsatz a).

§ 1666 Abs.1 BGB. Ebenso verhält es sich bei objektiv mißbräuchlicher Handhabung des Sorgerechts eines Elternteils im Falle des § 75 Abs.3 JWG, wobei jedoch wie im Gewährungsverfahren die Entziehung des Personensorgerechts nach § 1666 Abs.1 BGB zu dem Zwecke der Weiterführung der FEH wegen des Sinns derselben eine unzulässige Maßnahme wäre. Wenn also ein Elternteil unter Mißbrauch seines Sorgerechts einen Aufhebungsantrag nach § 75 Abs.3 JWG stellt, so würde ein Entzug nach § 1665 BGB und die Anordnung, daß dem anderen Elternteil die Personensorge allein zusteht (§§ 1680, 1679 BGB), für die Weiterführung der FEH eine halbe Zwangsmaßnahme bedeuten. Dies gilt um so mehr für den Fall, daß beide Eltern unter Mißbrauch ihrer Rechte die FEH aufgehoben haben wollen, oder wenn sie zur Mitarbeit nun nicht bereit sind, sondern die Erziehungsarbeit der FEH sogar stören.¹⁾ Dann kann die FEH nicht aufrechterhalten werden, auch nicht über den Umweg nach § 1666 BGB. Die Bestellung eines Pflegers zur Schaffung der rechtlichen Voraussetzungen für die Fortsetzung der FEH führt ebenso zur verkappten FE wie die Bestellung eines Pflegers zur Einleitung der FEH. Solche Maßnahmen sind, wie schon zu § 63 JWG ausgeführt wurde, mit dem Sinn der FEH nicht vereinbar.

3. Schließlich stellt sich bei Berücksichtigung des Kindeswohles die Frage, ob eine Ersetzung des Einverständnisses des widerrufenen Elternteils außerhalb der §§ 1666 Abs.1, 1680, 1679 BGB zulässig ist, um die objektiv weiter erforderliche FEH beibehalten zu können (Kompetenz-Kompetenz-Entscheidung).

In den obigen Ausführungen zu § 63 JWG (3.Kap.A Ic) ist der Vorschlag gemacht worden, bei unüberwindlichen Meinungsverschiedenheiten der Eltern über die Gewährung der FEH zur Vermeidung der Zwangsmaßnahme der FE das Vormundschaftsgericht darüber entscheiden zu lassen, welcher Elternteil an Stelle beider über die Verbringung des Kindes in FEH das Letztentscheidungsrecht haben soll. (Kompetenz-Kompetenz) - Die Lage ist hier ähnlich; eine solche Entscheidung des Vormundschaftsgerichts würde sich zwar

1) nach Riedel (Komm.z.JWG, 3.Aufl., § 75, Anm.6) liegt in der Störung der FEH durch die Personensorgeberechtigten ein Antrag auf Aufhebung (im Falle der Entziehung des Minderjährigen).

von einer Entscheidung nach § 1666 abheben, weil sie keine Rechte entzieht. Der freie Wille eines Elternteils wäre dann aber nur eine Fiktion.

Der Gesetzgeber hat sich in § 75 Abs. 3 JWG zu eindeutig für die Berücksichtigung des freien Willens schon eines sorgeberechtigten Elternteils ausgesprochen und dabei wohl um des Wesens der FEH willen in Kauf genommen, daß ein Widerruf auch unter Mißbrauch des Sorgerechts erfolgt. Daher kann der Vorschlag, das Vormundschaftsgericht im Interesse und zum Wohl des Kindes über das Letztentscheidungsrecht des einen oder anderen Elternteils befinden zu lassen, hier nicht wiederholt werden.¹⁾ Gegen den Antrag eines Elternteils nach § 75 Abs. 3 JWG besteht daher nicht die Möglichkeit zur Weiterführung der FEH. Anders verhält es sich nur, wenn dem anderen Elternteil anläßlich von Meinungsverschiedenheiten über die Beantragung der FEH die alleinige Entscheidungsbefugnis nicht nur hinsichtlich des Antrags auf Gewährung der FEH und ihrer Durchführung, sondern auch hinsichtlich ihrer Aufhebung übertragen worden war (vgl.S.88).

Es erhebt sich die weitere Frage, ob ein Elternteil, der von der beabsichtigten Antragstellung (nach § 75 Abs. 3 JWG) des anderen Elternteils weiß, vor dessen Antragstellung die Entscheidung des Vormundschaftsgerichts im Wege der Kompetenz-Kompetenz einholen kann. Hier wird der Vormundschaftsrichter zwar nicht wie im obigen Fall vor die Entscheidung gestellt, ob die FEH trotz eines bereits vorliegenden Widerrufs weitergeführt werden soll. Das Vormundschaftsgericht wird aber zu prüfen haben, ob im Verhältnis der Eltern zueinander eine Bindungswirkung eingetreten ist, die es dem einen oder anderen Elternteil nicht erlaubt, von der einmal gegebenen Zustimmung zur FEH ohne besonders wichtigen Grund abzurücken. Die Beurteilung dieser Frage geht von der Überlegung aus, daß sich beide Elternteile bei Einleitung der FEH über deren Durchführung einig waren. Eine Einigung in wichtigen Fragen der Personensorge - wie hier der FEH - könnte zu besonderen familienrechtlichen Rechtsbeziehungen der Eltern untereinander führen, die zur grundsätzlichen Einhaltung verpflichten. Ob der Vormundschaftsrichter unter diesem speziellen Gesichtspunkt eine Entscheidung zu treffen hat, kann hier nicht näher untersucht werden. Vorerst ist davon auszugehen, daß der Kern einer Entscheidung in der Beurteilung der Frage zu bestehen hätte, ob der beabsichtigte Widerruf des anderen Elternteils dem Wohl und dem Interesse des Kindes entspricht. Eine solche Wertentscheidung wäre

1) i. Erg. so auch Jans-Happe, § 75,6 B; Krug, Bem.7.

zweckmäßig; sie ist aber mit § 75 Abs. 3 JWG nicht vereinbar, denn nach dieser Vorschrift muß es gleichgültig sein, welche Motive den widerrufenden Teil zur Antragstellung bestimmen. Wenn ein Elternteil widerrufen will, dann liegt nicht mehr das in § 62 JWG geforderte Einverständnis beider Elternteile zur Fortführung der FEH vor. Der in § 75 Abs. 3 JWG beinhalten Gleichberechtigungsgrundsatz läßt daher bei beabsichtigtem oder bereits erklärtem Widerruf eines Elternteils eine Entscheidung des Vormundschaftsgerichts im Wege der Kompetenz-Kompetenz nicht mehr zu.

Macht ein sorgeberechtigter Elternteil oder machen die sorgeberechtigten Eltern von ihrem Recht nach § 75 Abs. 3 JWG Gebrauch, fordert aber die Erziehungsbedürftigkeit ihres Kindes die Fortsetzung der öffentlichen Erziehung, so ist nur der Weg der FE gangbar, wenn die Voraussetzungen nach § 64 JWG gegeben sind. Die Ausführungsbehörde muß sicherstellen, daß nach Ausübung ihres Antragsrechts nach § 65 Abs. 1 Satz 2 JWG und einer zu erwartenden Anordnung nach § 64 JWG ein möglichst reibungsloser Übergang zur FE erfolgt, der möglichst geringe Änderungen in der erzieherischen Situation mit sich bringen sollte und bei dem ein Herausnehmen aus der bereits angelaufenen Erziehungsarbeit durch einen Heim- oder Familienwechsel tunlichst zu vermeiden ist.

Dadurch kann gewährleistet werden, daß eine mögliche pädagogische Fehlentscheidung eines Elternteils oder der Eltern für die gedeihliche Entwicklung des Kindes kein allzu großes Hindernis bedeutet. Der Wegfall der für die Erziehungsarbeit so wichtigen Mitwirkungs- und Förderungsbereitschaft eines Elternteils oder der Eltern ist für die erzieherischen Bemühungen schon nachteilig genug.

S c h r i f t t u m s v e r z e i c h n i s

I. Namensverzeichnis

- Anschütz, G. Die Verfassung des Deutschen Reiches
Ein Kommentar für Wissenschaft und
Praxis
Dritte Bearbeitung 11. Aufl.
Berlin 1929.
- Apelt, W. Der verwaltungsrechtliche Vertrag
Leipzig 1920.
- Bachof, O. Die verwaltungsgerichtliche Klage auf
Vornahme einer Amtshandlung, zugleich
eine Untersuchung über den öffentlich-
rechtlichen Folgenbeseitigungsanspruch...
Tübingen 1951.
- Barth, Karl Die kirchliche Dogmatik
Dritter Band, Die Lehre von der Schöpfung
Vierter Teil 2. Aufl. Zürich 1957.
- Becker Das Elternrecht im Spiegel der verfas-
sungs- und verwaltungsgerichtlichen
Rechtsprechung
in: FamRZ 1961, 104.
- Becker, Dr. W. Sozialreform und Jugend
Claussen, Dr. H. Eine Übersicht über die Reformbestre-
bungen und eine Stellungnahme zu Vor-
schlägen und Entwürfen
Herm. Luchterhand-Verlag 1959
- Jugend im Blickpunkt -
- Beitzke, G. Familienrecht, Ein Studienbuch
10. Aufl. München-Berlin 1962.
- Bender, B. Allgemeines Verwaltungsrecht mit einem
Abriß der neueren deutschen Verfassungs-
und Verwaltungsrechtsgeschichte
2. Aufl. Freiburg i. Br. 1956.
- Bettermann-Nipperdey- Die Grundrechte
Scheuner Handbuch der Theorie und Praxis der
Grundrechte
Vierter Band 1. Halbband
Berlin 1960.
- BGG Kommentar Kommentar zum Bonner Grundgesetz
(BGG)
Art. 6; S. 4-6 (Wernicke)
- Büdinger, P. Joh. Hinrich Wicherns Bedeutung für die
Fürsorgeerziehung
Dissertation, Erlangen 1941.

- Bullinger, M. Vertrag und Verwaltungsakt
- Zu den Handlungsformen und Handlungsprinzipien der öffentlichen Verwaltung nach deutschem und englischem Recht, Stuttgart 1962
in: Res publica, Beiträge zum öffentlichen Recht, Bd.9.
- Burckhardt, W. Der Vertrag im Privatrecht und im öffentlichen Recht
in: Berner Festgabe zur Feier des 50jährigen Bestehens des Schweizerischen Bundesgerichts
Bern 1924.
- Carspecken, F. Probleme des Jugendwohlfahrtsgesetzes vom 11.8.1961
Fragen der Freiwilligen Erziehungshilfe und der Fürsorgeerziehung ...
Berlin 1962.
- Claussen, H. Pflichten und Rechte der Fürsorgeerziehungsbehörde
Neue Schriftenreihe des AFET Heft 8/1954
- Dalcke-Fuhrmann-Schäfer Strafrecht und Strafverfahren
36.Aufl. Berlin 1955.
- Dölle, Hans Darstellung des deutschen Familienrechts mit rechtsvergleichenden Hinweisen; Band 1-2
Karlsruhe 1964 - 1965.
- Dolch, Josef Das Elternrecht in der Erziehung 1928.
- Drews-Lassar-Brecht-Falck Allgemeine und politische Polizei
Kommentar
Sonderausgabe von M. Brauchitsch
Berlin 1932.
- Drews-Wacke Allgemeines Polizeirecht
6.Aufl. Berlin-Köln 1958.
- Ehrenthal Schutz für die Wahrnehmung der Erziehungsaufgaben durch die Eltern
in: RdJ 1963 (Sept.) S.265.
- Engisch, K. Die rechtliche Bedeutung der ärztlichen Operation, Jena 1958.
- Englert Handbuch der Jugendwohlfahrtsgesetzgebung und Gesetz zum Schutze der Jugend in der Öffentlichkeit
in: Schriftenreihe Gesetze im Lande Hessen Band 5, 1955.
- Enneccerus-Nipperdey Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts,
Erster Band
Einleitung, Allgemeiner Teil
13.Aufl. Marburg 1931.
- Enneccerus-Nipperdey Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts
Ein Lehrbuch, Zweiter Halbband, 13.Aufl.
Tübingen 1960.

- Eyermann-Fröhler Verwaltungsgerichtsordnung,
Kommentar 3.Aufl..
München und Berlin 1962
- Fichtl, Franz Reichsgesetz für Jugendwohlfahrt mit den
Ausführungsgesetzen sämtlicher Länder,
Handausgabe mit Einleitung, Erläuterungen
sowie Anhang, 2.Aufl.
München 1926.
- Fleig, P. Das Elternrecht im Bonner Grundgesetz,
Freiburg 1953.
- Fleiner, F. Institutionen des Deutschen Verwaltungs-
rechts, 8.Aufl.
Tübingen 1928.
- Forsthoff, Ernst Lehrbuch des Verwaltungsrechts
1.Band Allgemeiner Teil 8.Aufl.
München-Berlin 1961
und 7.Aufl., 1958.
- Fromme, F.K. Von der Weimarer Verfassung zum
Bonner Grundgesetz, 2.Aufl.
Tübingen 1962.
- Fußlein, W. Deutsche Verfassungen, Textausgabe
3.Aufl.
Berlin-Frankfurt/M. 1959.
- Gernhuber Lehrbuch des Familienrechts
München-Berlin 1964.
- Gerson JWG in psychiatrischer und sozial-
pädagogischer Sicht
in: RdJ 1963 (Juni S.161 ff.).
- Giese, F. Allgemeines Verwaltungsrecht
Vorlesungsgrundriß, 2.Aufl.
Tübingen 1948.
- Glaue, Olga Erziehungsrecht und Erziehungspflicht
von Eltern und Staat
(Elterl. Gewalt, FE, Freiw. Erziehungshilfe)
Kleiner Wegweiser für die Jugendhilfe
Heft Nr. 4
Herausg. Evangel. Reichs-Erziehungsverband
Hannover, Stephansstift.
- Görg, H. Schulrecht und Kulturpflege, S.305 ff.
in: Verfassungs- und Verwaltungsrecht
des Landes Nordrhein-Westfalen,
Köln-Berlin 1964.
- Gottschick, H. Das Bundessozialhilfegesetz (Kommentar)
Köln-Berlin-Bonn-München 1962.
- Gräber, Fritz Jugendwohlfahrtsgesetz, Kommentar
Münster 1954.
- Gräber, Fritz Jugendwohlfahrtsgesetz, Kommentar
2.Aufl. Münster 1963.

- Gruhle, Hans W. Die Ursachen der jugendlichen Verwahrlosung und Kriminalität
in: Heft 1 der Abhandlungen aus dem Gesamtgebiet der Kriminalpsychologie (Heidelberger Abhandlungen)
Berlin 1912
S. 214 ff: Verwahrlosungsursachen und Belastung.
- Hamann, A. Das Grundgesetz.
Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis, 2. Aufl.
Darmstadt 1961.
- Hasenclever Reform der öffentlichen Jugendhilfe,
Vorschläge und Forderungen der Arbeiterwohlfahrt, bearbeitet von Christa Hasenclever, Bonn 1957, Schriften der Arbeiterwohlfahrt, Heft 9, 1957.
- Heckel-Seipp Schulrechtskunde
Berlin-Neuwied-Darmstadt 1957.
- Henze, K.O. Verwaltungsrechtliche Probleme der staatlichen Finanzhilfe zugunsten Privater
Heidelberg 1958.
- Heppes, Georg Die Grenzen des Elternrechts 1955.
- Imboden, H. Der verwaltungsrechtliche Vertrag
- Baseler Studien zur Rechtswissenschaft -
Basel 1958.
- Ipsen, H.P. Öffentliche Subventionierung Privater
Berlin 1956.
- Jansen, Paul FGG Handkommentar
Berlin 1959
mit Ergänzungsband
Berlin 1962.
- Jans-Happe Jugendwohlfahrtsgesetz
Kommentar,
Köln 1963.
- Jehle, Otto Fürsorgerecht,
Handkommentar zur Reichsverordnung über die Fürsorgepflicht v. 13. Febr. 1924
2. Aufl., München 1954.
- Jellinek, W. Verwaltungsrecht
3. Aufl. Berlin 1931.

- Jellinek, W. Zweiseitiger Verwaltungsakt und Verwaltungsakt auf Unterwerfung
in: Festgabe zur Feier des fünfzigjährigen Bestehens des Preuß. OVG, Berlin -S.84 ff.- Berlin 1925.
- Keidel, F. Freiwillige Gerichtsbarkeit
Handausgabe, 8. Aufl.
München-Berlin 1963.
- Kieckebusch, K. Briefzensur; in: Zeitschrift für Strafvollzug, 1963, S.361 ff.
- Kindt, Karl Das Elternrecht in der Gegenwart;
in: Ev. Pädagogik, 1932.
- Kipp-Wolff Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts,
Zweiter Band, zweite Abteilung
Das Familienrecht; Sechste Bearbeitung.
Marburg 1928.
- Klinger, H. Verwaltungsgerichtsordnung
Kommentar, 1. Aufl.
Göttingen 1960.
- Kohlrausch-Lange Strafbuch, 43. Aufl.
Berlin 1961.
- Krauss, Rupprecht v. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit
in seiner Bedeutung für die Notwendigkeit des Mittels im Verwaltungsrecht.
Hamburg 1955.
- Kraut, Theod. Die Vormundschaft nach den Grundsätzen des Deutschen Rechts, 2. Band
Göttingen 1847.
- Krüger-Breetzke-Nowack Gleichberechtigungsgesetz,
Kommentar
München-Berlin 1958.
- Larenz Lehrbuch des Schuldrechts
Zweiter Band, Besonderer Teil,
4. Aufl., München-Berlin 1960.
- Layer, M. Zur Lehre vom öffentlich-rechtlichen Vertrag.
Eine Studie aus dem österreichischen Verwaltungsrecht.
Graz und Leipzig 1916.
- Lehmann, H. Deutsches Familienrecht
3. Aufl., Berlin 1960.
- Lindenmaier-Möhring Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs zit.: L.-M., nach Gesetzesstelle und Entscheidungsnummer.
- Lücken Elternrecht und Heimerziehung;
in: Handbuch der Heimerziehung,
11. Lieferung 1961, S.1162 ff.

- v.Mangoldt-Klein Das Bonner Grundgesetz,
Kommentar Band I 2.Aufl.
Berlin-Frankfurt a.M. 1957.
- Marcus Die freiwillige öffentliche Erziehung ,
Diss.Hamburg 1951;abgedruckt als 2.
Sonderveröffentlichung des AFET,
Hannover-Kleefeld 1953.
- Maunz-Dürig Grundgesetz; Kommentar
Lieferung 1 - 6,
München-Berlin 1963.
- Maurach, R. Deutsches Strafrecht,
Allgemeiner Teil, Ein Lehrbuch
2. Aufl., Karlsruhe 1958.
- Mayer, Otto Deutsches Verwaltungsrecht
Zweiter Band
3.Aufl. München-Leipzig 1924.
- Molitor,Erich Über öffentliches Recht und Privat-
recht
Eine rechtssystematische Studie
Karlsruhe 1949.
- Muthesius, H. Reichsjugendwohlfahrtsgesetz,
Stuttgart-Köln 1950.
- Nebinger, R. Verwaltungsrecht, Allgemeiner Teil
1.Aufl., Stuttgart 1946.
- Nipperdey Die Grundrechte und Grundpflichten
der Reichsverfassung
Zweiter Band: Artikel 118-142
hrsg. v.H.C.Nipperdey
Berlin 1930
/Art.120 - Elternrecht - von J.Klumker/
S.95 ff.
- Oertmann, P. Bürgerliches Gesetzbuch
Allgemeiner Teil, 3.Aufl.
Berlin 1927.
- Oeschger, K. Zur Lehre von öffentlich-rechtlichen
Vertrag,
Dissertation, Winterthur 1954.
- Ohland,Anneliese Die rechtliche Stellung der Fürsorge-
erziehungsbehörde auf Grund des Reichs-
gesetzes für Jugendwohlfahrt
v.9.Juli 1922, 1928
in:Schriftenreihe des AFET Heft 7,1928.

- Opitz, Erich Dr.med. Verwahrlosung im Kindesalter
Verlag für Psychologie Dr.J.Hogrefe
Göttingen 1959.
- Osterloh, Edo Das Elternrecht in theologischer Sicht;
in: Ev.Welt 1950.
- Perschel Grundrechtsmündigkeit und Elternrecht
in: RdJ 1963 (Feb.) S.33 ff.
- Peters, H. Lehrbuch der Verwaltung
Berlin-Göttingen-Heidelberg 1949.
- Planck Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
I.Band Allgemeiner Teil 4.Aufl.
Berlin 1913.
- Planck Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
nebst Einführungsgesetz
II.Band 2.Hälfte 4.Aufl.
Berlin-Leipzig 1928.
- Probst, E.Prof.Dr. Erziehungshilfe bei ungünstig Veran-
lagten
in: Heft 9 der Schriftenreihe für
Erziehung und Jugendpflege
Verlag Karger, Basel 1950.
- Riedel, H. Jugendwohlfahrtsgesetz
erläutert für den Bereich der Deutschen
Bundesrepublik
Berlin-München 1952
und 2.Aufl. 1955.
- Riedel, H. Jugendwohlfahrtsrecht, Textausgabe mit
Anmerkungen und Sachregister
3.Aufl.
München-Berlin 1963.
- Riedel, H. Jugendwohlfahrtsrecht
Textausgabe mit Erläuterungen und
Sachregister 4.Aufl.
München-Berlin 1965.
- Salzwedel, J. Die Grenzen der Zulässigkeit des
öffentlich-rechtlichen Vertrages
- Eine Untersuchung über den Begriff
des öffentlich-rechtlichen Vertrages...
Berlin 1958.
- Seidel, H. Eine Lehre vom öffentlich-rechtlichen
Vertrage
Dissertation Breslau 1927.

- Sieverts, R. Die Bedeutung des Art. 104 GG für die freiwillige Erziehungshilfe - (Ein vom AFET eingeholtes Gutachten) in: Sonderdruck zum Mitgliederrundbrief des AFET Mai 61, Archiv Nr. 7530
- Sohm-Mitteis-Wenger Institutionen; Geschichte und System des Römischen Privatrechts 17. Aufl. Bearbeitet von Ludwig Mitteis hrsg. von Leop. Wenger, Berlin 1949
- Schlegelberger-Vogels Erläuterungswerk zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band I Allgemeiner Teil Berlin 1939.
- Schlemmer, Hans Das Elternrecht und seine Grenzen 1930
- Schmidt, Eberhard Der Arzt im Strafrecht, Leipzig 1939, in: Leipziger rechtswissenschaftliche Studien, Heft 116
- Schmidt, Eberhard Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege 2. Aufl. Göttingen 1951 1. Aufl. Göttingen 1947
- Schönke-Schröder Strafgesetzbuch, Kommentar, 11. Aufl. München-Berlin 1963.
- Schwarz-Kleinknecht Strafprozeßordnung, 23. Aufl. München-Berlin 1962.
- Schwarz-Dreher Strafgesetzbuch, 26. Aufl. München-Berlin 1964.
- Staudinger Kommentar zum BGB IV. Band Familienrecht, 2. Teil: §§ 1589-1921 9. Aufl. München-Berlin-Leipzig 1926; IV. Band Familienrecht, Teil 3 a, Lieferung 3 (§§ 1664-1670), 10./11. Auflage, Berlin 1964
- Stein-Jost-Dombois Elternrecht, Studien zu einer rechtsphilosophischen und evangelisch-theologischen Grundlegung in der Reihe: Pädagogische Forschungen Veröffentlichung des Comenius-Instituts Heidelberg 1958.
- Stobbe-Lehmann Handbuch des Deutschen Privatrechts von Otto Stobbe, Viertes Band, 3. Aufl., Bearbeitet von H.O. Lehmann Familienrecht, Berlin 1960.
- Stock, Hans Die Konfession und das Elternrecht in: Westermanns Pädagogische Beiträge 1955.

- Töppen, H. Professor
der gerichtlichen
u. sozialen Medizin
- Trost-Scherpner
- v. Tuhr
- v. Turegg-Kraus
- Ule, C. H.
- Vossen, K.
- Vossen, K.
- Wagner
- Windscheid-Kipp
- Wolff, H. J.
- Ziegler, Albert
- Die Jugendverwahrlosung und ihre
Bekämpfung,
2. Aufl. Münster i. W. 1927.
- Handbuch der Heimerziehung. Unter Mitwir-
kung von Sachverständigen aller Gebiete und
Richtungen der Heimerziehung in Gemeinschaft
mit Hans Scherpner, herausgegeben von
Friedrich Trost.
Frankfurt/M., Berlin, Bonn.
- Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürger-
lichen Rechts; Zweiter Band.
Erste Hälfte München-Leipzig 1914.
- Lehrbuch des Verwaltungsrechts
4. Aufl., Berlin 1962.
- Verwaltungsprozeßrecht
Ein Studienbuch
3. Aufl., München-Berlin 1963.
- Das Jugendwohlfahrtsrecht nach dem
Reichsgesetz für Jugendwohlfahrt
vom 29. III. 24, 3. Aufl., Düsseldorf 1928.
- Jugendwohlfahrtsrecht nach dem Reichsgesetz
für Jugendwohlfahrt v. 9. Juli 1922 und den
übrigen Reichs- und preuß. Landesgesetzen
nebst Ausführungsbestimmungen;
herausgegeben vom Landesjugendamt der
Rheinprovinz (Dr. Vossen)
6. Aufl., 1946.
- Die Erweiterung der Fürsorgeerziehung zur
öffentlichen Jugendhilfe, Diss. Freiburg
1951, abgedruckt als 1. Sonderveröffentli-
chung des AFET, Hannover-Kleefeld 1951.
- Lehrbuch des Pandektenrechts
von Dr. Bernhard Windscheid
3. Band, 9. Aufl., Frankfurt/M. 1906.
- Verwaltungsrecht I
Ein Studienbuch, 4. Aufl.,
München-Berlin 1961.
- Das natürliche Entscheidungsrecht
des Mannes in Ehe und Familie.
Ein Beitrag zur Frage der Gleichbe-
rechtigung von Mann und Frau
- Sammlung Politeia - Bd. XI
Heidelberg 1958.

II. Entscheidungssammlungen, Zeitschriften u.a.

Amtsblatt des Hessischen Ministers für Erziehung und Volksbildung. Jg.1956

Die Arbeiterwohlfahrt Jahrbücher, Jg.
Herausgeber: Arbeiterwohlfahrt, Hauptausschuß e.V.
Bonn

Archiv für die Civilistische Praxis;AcP zit: Band und Seite.

Aufgaben der ärztlich-psychologischen Sachverständigen nach dem Jugendwohlfahrtsgesetz.
Empfehlungen der Deutschen Vereinigung für Jugendpsychiatrie und der Deutschen Vereinigung für Jugendgerichte und Jugendgerichtshilfen e.V.
in: Mitglieder Rdb. des AFET Nr.5, August 1963 =
ND Nr.8 aus 1963, S.362

BayObLZ Sammlung von Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen, von Entscheidungen des Notariatsdisziplinarhofs und des Gerichtshofes für Kompetenzkonflikte, zit: BayObLZ Band u.Seite.

Beiträge zur Novelle zum RJWG Herausgeber: Hauptgeschäftsstelle der Inneren Mission und Hilfswerk der Evangelischen Kirche in Deutschland i.V. mit der Jugendkammer der EKID Stuttgart S. 1960

Blätter der Wohlfahrtspflege. Monatsschrift der öffentlichen und freien Wohlfahrtspflege und Jugendhilfe
Hrsg. Landeswohlfahrtsverband für Baden-Württemberg
zit.: Nr.-Jg.-Monat-Jahr

Caritas. Zeitschrift für Caritasarbeit und Caritaswissenschaft Lambertus-Verlag Freiburg i.Brsg.
Jg.-Jahr-Heft

Das Deutsche Bundesrecht. Systematische Darstellung der Gesetze und Verordnungen mit Erläuterungen (Loseblattsammlung) I A Verfassungsrecht
(Art.6 S.104,105)

Der Betriebsberater (BB) zit.: Jahr und Seite

Deutsche Jugend. Beiträge, Berichte, Dokumente Zeitschrift für Jugendfragen und Jugendarbeit Herausgegeben i.V. mit dem Deutschen Bundesjugendring
zit.: Jg. Hdtf Monat Jahr Juventa Verlag München

Deutsche Rechtsprechung. Entscheidungsauszüge und Aufsatzhinweise für die juristische Praxis (Dt.Rspr.)
I BGB

Ehe und Familie im Privaten und Öffentlichen Recht. Zeitschrift für das gesamte Familienrecht

Ehe und Familie Die Familie im Recht, Familienpädagogik, Die Familie in der Gemeinschaft hrsg. von Jul.Dornreich Freiburg 1959

- Elternrecht und Kindesrecht . Schriftenreihe der Sozialistischen Bildungsgemeinschaften des Landes Nordrhein-Westfalen Heft 1/2 bearbeitet von Maria Meyer-Sevenich, Frankfurt/M., 1954
- Entscheidungen aus dem Jugend- und Familienrecht (EJF)
zit.: Band-I-A Nr.der Entschdg.
- Evangelische Stimmen zum Bundessozialhilfegesetz und Jugendwohlfahrtsgesetz . Herausgegeben von Georg Suhr
Evangelisches Verlagswerk Stuttgart
- Evangelische Kirche und Elternrecht ; Ausgewählt und eingeleitet von Werner Reininghaus in der Reihe: Quellen zur Konfessionskunde; Reihe B. Protestantische Quellen Heft 7
- Evangelische Jugendhilfe, Zeitschrift für evangelische Rettungs- und Erziehungsarbeit. Organ des Evangel. Reichserziehungsverbandes, Abteilung: Kinder- und Jugendfürsorge
- Fachwörterverzeichnis für Jugendwohlfahrtspflege und Jugendrecht Teil1 Jugendrecht und Jugendwohlfahrt in der BRD 2.Aufl. Veröffentlichungen des AFET
- Gesetzbuch der lateinischen Kirche Erklärung der Kanones von H.Jone II.Band Sachenrecht 2.Aufl.
Paderborn 1952
- Handbuch der Heimerziehung 11.Lieferung: Rechtsfragen der Heimerziehung I, 1961
- Höchststrichterliche Rechtsprechung (HRR) zit.: nach Jahr und Nummer
- Jahrbuch für Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts.
(JFG) zit.: nach Bd. und Seite
- Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts (KGJ) zit.: nach Band und Seite
- Jugend im Blickpunkt. Eine Schriftenreihe für Jugendernziehung Jugendpflege und Jugendschutz, für Jugendfürsorge und Jugendkriminalrecht Luchterhand Verlag Berlin
- Jugendwohl. Katholische Zeitschrift für Kinder- und Jugendfürsorge. Herausgeber: Deutscher Caritasverband e.V. Freiburg i.Br. zit.: Monat-Jahr-Jhg.-Heft.
- Materialien zum JWG Reg.-Entw., Beratungen im BT und BR, sowie der Ausschüsse; die Gutachten von Verbänden, Organisationen und Einzelpersonlichkeiten vor den Ausschüssen; Verzeichnis des einschlägigen Schrifttums, 419 S. Hrsg.: Deutsches Jugendinstitut München 23 Leopoldstr.5
- Mitteilungen der Arbeitsgemeinschaft für Jugendpflege und Jugendfürsorge AGJJ Herausgeber: Reg.Dir.O.Englert Wiesbaden. zit.: Heft Monat Jahr

- Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Band IV Familienrecht, Amtliche Ausgabe 1888
- Nachrichtendienst des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge.Hrsg.:W.Polligkeit, München 1949 (ND)
- Neues Beginnen. Zeitschrift der Arbeiterwohlfahrt. Herausgeber: Arbeiterwohlfahrt, Hauptausschuß e.V. Hannover (NB) zit.: Nr.Monat Jahrg.
- Pädagogische Rundschau. Monatsschrift für Erziehung und Unterricht. A.Henn-Verlag, Ratingen bei Düsseldorf. zit.: Jahr, Seite.
- Recht Zeitschrift "Das Recht"zit.: Jahr u.Nr. der Entsch.
- Register zu den Verhandlungen des Deutschen Bundestages und zu den Anlagen; 3.Wahlperiode 1957. Erster Teil: Sachregister 1.-168.Sitzg. und Drucksache 1-3007
- Rechtslexikon für Juristen aller teutschen Staaten.redig. von J.Weiske Bd.1-15 Leipzig 1839-62 (1858)
- Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiet des Zivilrechts. zit.:OLG, Band, Seite.
- Sammlung jugendrechtlicher Entscheidungen in dem "Handbuch des gesamten Jugendrechts".zit.:SjE, Sachgruppe, Seite
- Schriften der Arbeiterwohlfahrt.Herausgeber: Arbeiterwohlfahrt Hauptausschuß e.V., Bonn.zit.: Heft,Jhg.
- Seufferts Archiv für Entscheidungen oberster Gerichte.zit.: SeuffA, Band u. Nr.
- Staatslexikon Recht Wirtschaft Gesellschaft.Herausgegeben von der Görres Gesellschaft, 6.Aufl. 1959, 3.Bd.
- Unsere Jugend. Zeitschrift für Jugendhilfe in Wissenschaft und Praxis. Ernst Reinhard Verlag München (UJ) zit.: Heft, Jahr
- Verhandlungen des Deutschen Bundestages, 3.Wahlperiode. Anlagen zu den stenographischen Berichten, Bd.71, Drucks. 2201-2350, Bonn 1960.
- Verwaltungsbeamte. Heft 9 Fürsorge und Jugendwohlfahrt; Göttingen 1950.
- Warneyer's Jahrbuch der Entscheidungen, Ergänzungsband enthaltend die Rechtsprechung des RG.zit.:Warn.-Rspr.Jhg.,Nr.
- Zeitschrift für das Fürsorgewesen. Herausgeber: Sozialamt der Hauptstadt Hannover. Nr. Monat. Jhg.
- Zeitschrift für Strafvollzug. Herausgegeben von der Gesellschaft für Fortbildung der Strafvollzugsbediensteten e.V. Darmstadt. zit.:ZfStrVo.
- ZSST. Zeitschrift der Savignystiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung. Weimar; zit.:nach Bd.u. Seite
- Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.zit.: ZStw, nach Band und Seite.
- Zentralblatt für Jugendrecht und Jugendwohlfahrt. Organ des Deutschen Instituts für Vormundchaftswesen. zit.: ZBl., Jahr, Seite.

A b k ü r z u n g s v e r z e i c h n i s

a.A.	=	anderer Ansicht
aaO.	=	am angeführten Orte
Abs.	=	Absatz
AcP	=	Archiv für civilistische Praxis
a.F.	=	alte Fassung
AFET	=	Allgemeiner Fürsorgeerziehungstag e.V. Hannover-Kleefeld, Stephansstift
AG	=	Amtsgericht
AGJJ	=	Arbeitsgemeinschaft für Jugendpflege und Jugendfürsorge
AGJWG	=	Ausführungsgesetz zum JWG
Anm.	=	Anmerkung
AÖR	=	Archiv für öffentliches Recht
arg.	=	argumentum
Aufl.	=	Auflage
AVO	=	Ausführungsverordnung
AW	=	Arbeiterwohlfahrt
BayObLG	=	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayVGH	=	Bayerischer Verwaltungsgerichtshof
BB	=	Der Betriebsberater
Beschl.	=	Beschluß
BGBI	=	Bundesgesetzblatt
BGG	=	Bonner Kommentar zum Grundgesetz
BGHZ	=	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BGHSt	=	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen
BR	=	Bundesrat
BRD	=	Bundesrepublik Deutschland
BSHG	=	Bundessozialhilfegesetz
BT-Drs.	=	Bundestags-Drucksache
B VerfGE	=	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
B VerwGE	=	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
bzgl.	=	bezüglich
DJ	=	Deutsche Justiz (Zeitschrift)
DtJ	=	Deutsche Jugend (Zeitschrift)
DJZ	=	Deutsche Juristenzeitung (Zeitschrift)
DÖV	=	Die öffentliche Verwaltung (Zeitschrift)
Drs.	=	Drucksache
DRspr.	=	Deutsche Rechtsprechung (Sammlung von Literatur und Rechtsprechung)
DVB1	=	Deutsches Verwaltungsblatt

EG	=	Einführungsgesetz
EJF	=	Entscheidungen aus dem Jugend- und Familienrecht
ErzB	=	Erziehungsbeistandschaft
Erzbeh.	=	Erziehungsbehörde
EvJH	=	Evangelische Jugendhilfe (Zeitschrift)
FamÄG	=	Familienrechtsänderungsgesetz v.11.August 1961
FamRZ	=	Ehe und Familie (Zeitschrift)
FE	=	Fürsorgeerziehung
FEH	=	Freiwillige Erziehungshilfe
ff	=	folgende (Seite(n))
FVO	=	Verordnung über die Fürsorgepflicht v.13.Febr.1924
GG	=	Grundgesetz
GjS	=	Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften
GVBl	=	Gesetz- und Verordnungsblatt
h.M.	=	herrschende Meinung
HRR	=	Höchststrichterliche Rechtsprechung
i.Erg.	=	im Ergebnis
i.e.S.	=	im engeren Sinn
i.V.	=	in Verbindung
i.Gs.	=	im Gegensatz
JA	=	Jugendamt
JFG	=	Jahrbuch für Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts
Jug.Wohl	=	Jugendwohl (Zeitschrift)
JW	=	Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
JWG	=	Gesetz für Jugendwohlfahrt v.11.August 1961
JZ	=	Juristenzeitung (Zeitschrift)
KG	=	Kammergericht
KM	=	Kindesmutter
Komm.	=	Kommentar
Lb.	=	Lehrbuch
LG	=	Landgericht
LJA	=	Landesjugendamt
LWV	=	Landeswohlfahrtsverband (Hessen)
MDR	=	Monatsschrift für Deutsches Recht (Zeitschrift)
Mijä.	=	Minderjähriger
Mitgl.Rdbr.	=	Mitglieder-Rundbrief des Allgemeinen Fürsorge- erziehungstages e.V. Hannover-Kleefeld, Stephansstift
Mot.	=	Motive zum BGB

NB	= Neues Beginnen (Zeitschrift)
ND	= Nachrichtendienst des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge
n.F.	= neue Fassung
NRW	= Nordrhein-Westfalen
OLGE	= Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiet des Zivilrechts
ö.-r.	= öffentlich-rechtlich
Perssber.	= Personensorgeberechtigte(r)
RelK ErzG	= Gesetz über religiöse Kindererziehung v.15.Juli 1921
RdErl.	= Runderlaß
RdErl.RMJ	= Runderlaß des Reichsministers des Innern
RGr.	= Reichsgrundsätze zur Reichs-Fürsorgepflicht- verordnung
RmdJ.	= Reichsminister des Innern
RdJ	= Recht der Jugend (Zeitschrift)
Recht	= Zeitschrift "Das Recht"
RJWG	= Reichsgesetz für Jugendwohlfahrt v.9.Juli 1922 (RGBl I, 633)
Rspr.	= Rechtsprechung
S.	= Seite
SJE	= Sammlung jugendrechtlicher Entscheidungen in dem "Handbuch des gesamten Jugendrechts"
UJ	= Unsere Jugend (Zeitschrift)
u.U.	= unter Umständen
uvehl.	= unverehelichte
VA	= Verwaltungsakt
VG	= Vormundschaftsgericht
VMBL.	= Volkswohlfahrt, Amtsblatt des preuß.Ministers für Volkswohlfahrt
VwGO	= Verwaltungsgerichtsordnung v. 21.I.1960 (BGBl.I, S.17)
Verw.Rspr.	= Verwaltungsrechtsprechung
WRV	= Weimarer Reichsverfassung
ZBl.	= Zentralblatt für Jugendrecht und Jugendwohl- fahrt
ZSSt	= Zeitschrift der Savignystiftung für Rechtsge- schichte, romanistische Abteilung, Weimar

L e b e n s l a u f

Am 26. April 1936 wurde ich als Sohn des Schulrats Fritz Hill und seiner Ehefrau Käthe, geb. Ziege, in Eisenach (Thüringen) geboren. Nach dem Besuch der Volksschule in Kaltennordheim (Rhön) wurde ich zu Ostern 1950 in das Realgymnasium in Schlüchtern aufgenommen. Bis zur Reifeprüfung 1956 lebte ich in Schlüchtern im Internat.

Anschließend studierte ich in Marburg/Lahn und in Wien Rechtswissenschaften. Im Februar 1962 legte ich in Marburg/Lahn die erste rechtswissenschaftliche Staatsprüfung ab. Den juristischen Vorbereitungsdienst trat ich im Juli 1962 im Oberlandesgerichtsbezirk Frankfurt/Main an. Im August 1962 heiratete ich. Zur Zeit befinde ich mich beim Oberlandesgericht in Frankfurt/Main zur Ausbildung.

